LA TIRANIA DEL DERECHO
(memorias de un pasante)

William R. Lizárraga Ugarte

William R. Lizárraga Ugarte

LA TIRANIA DEL DERECHO

(memorias de un pasante)

PUBLIUNSA

AREQUIPA – PERÚ

Otras obras del autor:

"El Éxito y Tú". Edit. Publiunsa. Universidad Nacional de San Agustín. Arequipa, 1 993

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú Nro. 2008 – 10002

"La Tiranía del Derecho.
(Memorias de una pasante)"

Editorial Publiunsa, Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa

Sta. Catalina 177, Cercado, Arequipa, Perú.

1ra. Edición, Arequipa Perú, marzo 1996

Derechos Reservados. Ley 13714

Carátula de "La Justicia"
por Arq. Freddy Zúñiga Yaquetto

Editorial PUBLIUNSA

Arequipa-Perú 1 996
Printed in Perú

Dedicatoria

A mis padres Miguel Ángel Lizárraga Febres y Presy Ugarte Lastra de Lizárraga, y mis hermanos Miguel Angel y Edgar Frank: por su estímulo y confianza

Al Dr. Juan Manuel Guillén Benavides: por su infatigable apuesta a la juventud.

Al Dr. Sergio Nieves Núñez, Dr. Salvador Vásquez Olivera, Dr. Juan Lazo Angulo, Dr. Carlos Iván Llerena Mares, Dr. Raymundo Núñez Lozada y Dr. Juan Guzmán Rodríguez; por su constante aliento e impecable docencia

El autor.

“Dad a un hombre todas las dotes del espíritu, dadle todas las del carácter, haced que todo lo haya visto, que todo lo haya aprendido y retenido, que haya trabajado durante treinta años de vida, que sea en conjunto un literato, un crítico, un moralista, que tenga la experiencia de un viejo y la infalible memoria de un niño; y tal vez con eso formaréis un abogado completo”.

Ciuratti

Mandamientos del abogado

1º Estudia: El derecho se transforma constantemente. Si no sigues sus pasos, será cada día menos abogado.

2º Piensa: El derecho se aprende estudiando, pero se ejerce pensando.

3º. Trabaja: La abogacía es una ardua fatiga puesta al servicio de la justicia.

4º Lucha: Tu deber es luchar por el derecho; pero el día que encuentres en conflicto el derecho con la justicia, lucha por la justicia.

5º Sé leal: Leal para con tu cliente al que no debes abandonar hasta que comprendas que es indigno de ti. Leal para con el adversario aunque él sea desleal contigo. Leal para con el juez, que ignora los hechos, y debe confiar en lo que tú dices; y que, en cuanto al derecho, alguna que otra vez debe confiar en el que tú le invocas.

6º Tolera: Tolera la verdad ajena en la misma medida en que quieres que sea tolerada la tuya.

7º Ten paciencia: El tiempo se venga de las cosas que se hacen sin su colaboración.

8º Ten fe: Ten fe en el derecho como el mejor instrumento para la convivencia humana; en la justicia, como el destino normal del derecho; en la paz, como el sustituto bondadoso de la justicia; y, sobre todo, ten fe en la libertad, sin la cual no hay derecho, ni justicia, ni paz.

9º. Olvida: La abogacía es una lucha de pasiones. Si en cada batalla fueras cargando tu alma de rencor, llegará el día en que la vida será imposible para ti. Concluido el combate, olvida tan pronto tu victoria como derrota.

10º Ama tu profesión: Trata de considerar la abogacía de tal manera que el día que tu hijo te pida un consejo sobre su destino, consideres un honor para ti proponerle que se haga abogado.

Eduardo J. Couture

"El abogado que no ama la justicia, el derecho, la verdad, la libertad y la razón, es mejor que renuncie al ejercicio de la abogacía".

José Manganiello

"Cuatro características corresponden al juez: escuchar cortésmente, responder sabiamente, ponderar prudentemente y decidir imparcialmente"

Sócrates

"La profesión de mi ejercicio no consiente ni permite que yo ande de otra manera. El buen paso, el regalo y el reposo, allá se inventó para los blandos cortesanos; ms el trabajo, la inquietud y las armas sólo se inventaron e hicieron para aquellos caballeros andantes, de los cuales yo, aunque indigno soy el menor de todos. Apenas se oyeron esto, cuando todos le tuvieron por loco…"

Don Quijote de la Mancha

Miguel de Cervantes

"No es pecado morir sin haber cumplido los sueños; es pecado imperdonable no tener sueños"

Miguel Ángel Cornejo

"Jóvenes son los que no tienen complicidad con el pasado… Los jóvenes pierden su tiempo cuando esperan impulso de los viejos… Juventud que no embiste, es peso muerto para el progreso de su pueblo… Ahora o nunca, "mañana" es la mentira piadosa con que se engañan las voluntades moribundas… Loados

sean los jóvenes que izan la bandera de la justicia... Loados los que conciben más justicia, los que por ella trabajan, los que por ella luchan, los que por ella mueren. Sólo puede afirmar que ha vivido, una generación que deja a la que vendrá mas de lo que recibió de la precedente..."

José Ingenieros

"Hay que suscitar una mística para transformar algo"

Juan M. Guillén Benavides

"Bella e ímproba tarea tiene ante sí una juventud que rechace el ´escapismo¨, que se alce sobre lo inmediato utilitario y que supere al progresismo abstracto y al sociologismo positivista de sus antepasados. Una juventud que no se deje aplastar en la lucha por la vida, que no se disipe en la frivolidad, que no se malbarate en la búsqueda del medro egoísta, que no se esterilice en el sectarismo, cáncer que ha roído a sus hermanos mayores.

Una juventud tonificada con una emoción de historia nuestra, no la que yace polvorienta en los museos, ni la que se memoriza desorientadamente en las cátedras sino la otra, la verdadera, la vital, la que enseña cómo el Perú fue durante muchos siglos un país señorial y eminente que posteriormente desaprovechó grandes oportunidades y olvidó sus glorias. Una juventud que inserte su entusiasmo y su fe para la persecución

de esa historia ilustre, movilizando la enorme riqueza potencial de ensueños y de empresas que alberga este suelo ungido por los siglos…"

Jorge Basadre

"Estamos persuadidos de que toda idea nueva, toda propuesta heterodoxa, engendra automáticamente un peligroso enemigo: la inercia. Es decir, la tendencia a mantener el actual estado de las cosas"

Jorge W. Peyrano

"Necesitamos de esos locos geniales, de esos aventureros que creen que la vida humana es permanente descubrimiento"

Juan M. Guillén Benavides

Índice

Prólogo 17

Proemio 21

El derecho alimentario en torno a la primera década de vigencia normologica de nuestro código civil. Comentarios, propuestas y alcances 27

Expediente No. 01 – 95: Acción de amparo 57

Expediente No. 02-95: Acción de amparo 71

Expediente No. 03-95: Cobro de daños y perjuicios 85

Expediente No. 04-95: Desalojo por precario 95

Expediente No. 05-95: Cobro de alquiler y penalidad contractual 103

Expediente No. 06-95: Desalojo por precario 113

Expediente Nro. 07-95: Interdicto de recobrar 123

Expediente N° 08-95: Divorcio por causales 131

Expediente No. 09-95: Impugnación de acuerdos 147

Expediente N° 10-95: Obligación de dar suma de dinero ... 163

Expediente No. 11-95: Nulidad de titulo valor 181

El derecho frente a su nuevo paradigma..... 207

Bibliografia 237

Prólogo

William Lizárraga Ugarte, en sus tempranos 23 años, exhibe una adolescencia proficua y prometedora. Lo conocimos en 1991 en ocasión del Congreso Nacional Peruano de Derecho Constitucional realizado en la muy querida Universidad Nacional San Agustín. Nos animaríamos a decir que su Rector, nuestro amigo Juan Manuel Guillén Benavides, le ha contagiado su idealismo y su fervor por las causas justas y nobles.

Si es así, William Lizárraga ha sido y es un muy receptor. Las páginas de este su segundo libro, diferente al primero, lo atestiguan claramente.

Emerge de su intuición, de su sentimiento de su racionalidad porque para anhelar la justicia hay que combinar las tres cosas en dosis equilibradas) que la convivencia social en la que se emplaza el derecho o, mejor, la vida jurídico-política, reclama mejorar, y mucho.

Sus memorias de un pasante revelan sus primeros contactos y experiencias con esa realidad. El sabe recorrer desde su

temprana edad las sentencias, los casos, las normas jurídicas, los valores. Tal arsenal le ha suscitado comentarios ricos y profundos, en los que hunde su bisturí para estimularnos – a jóvenes, a no tan jóvenes, y a los menos jóvenes en la cronología de cada uno- a emprender la búsqueda incansable de la justicia, que es un valor y no una norma de los códigos, las leyes o hasta las constituciones.

William no se resigna a la injusticia. Desde su entraña visceral emerge su ímpetu con la vehemencia de un clamor, de un reclamo, de un imperativo. La multiplicidad de temas que le sirven para expresarlo da testimonia de algo que escribe en sus últimas páginas y que proviene de las epístolas del Apóstol Pablo: la letra mata y el espíritu vivifica. Cuando los hombres de derecho, los estudiantes de derecho, los jueces y hasta el hombre común, se aferran y encapsulan en la letra de la ley, muere el espíritu de la justicia, por más juta que sea la ley cuya letra les cierra e círculo de la juridicidad. ¿Estaríamos ante la "tiranía" de un derecho puramente normativo, puramente lega? Personalmente respondemos afirmativamente.

Lejos de propugnar con esta afirmación y desentendimiento o un incumplimiento de la ley, estamos propiciando entenderla, cumplirla y aplicarla con la comprensión que suministra la valoración emanada de la justicia. Y no solamente de la justicia

que es el valor cúspide del mundo jurídico-político, sino de todos los demás valores que integran el plexo axiológico.

Si reconvertimos el lema paulino (la letra mata y el espíritu vivifica) podemos decir: el legalismo mata y los valores vivifican. Es así sobre todo cuando, todavía por encima de la constelación de los valores jurídicos, anteponemos la ética, que nos arrima el valor "personalidad" propio de cada ser humano en cuanto persona.

Muy bien seleccionados los textos que William ha escogido para introducir sus propias reflexiones. Entresacamos el de Miguel Ángel Cornejo: "No es pecado morir sin haber cumplido los sueños; es pecado imperdonable no tener sueños".

El autor de este libro que nos complace prologar, sabe soñar. Decir que es un soñador no equivale a imaginar que ignora la realidad, que no se hace cargo de ella, que no le interesa, o que le vuelve la espalda para no verla ni conocerla. Todo lo contrario. Pisa bien fuerte la tierra, el mundo y la realidad que son su entorno, su circunstancia. Y con la mirada más alta, nada superficial, mucho menos miope, bulle en su entusiasmo de hacer y de darnos un mundo mejor, más humano, más justo, más bello. Ahí están sus sueños.

Nos trae a la memoria una frase de Guillén Benavides que le hemos escuchado con placer: cuando no podemos realizar nuestros ideales, tenemos que idealizar las realidades. Es

tanto como infundir justicia en la realidad injusta, no sólo para pensarla o soñarla, sino para cambiarla.

El trayecto que William Lizárraga viene recorriendo desde su temprana vocación por la justicia se inspira en una mística loable, que mucho deseamos pueda ser contagiosa. Una pandemia de justicia, para erradicar las epidemias de injusticia que nos toca ver, vivir, detestar y vituperar.

¡Sursum corda! ¡Arriba los corazones!

GERMAN J. BIDART CAMPOS
Buenos Aires, diciembre de 1 995

Proemio

N*ihil obstat* (nada obsta) para explicitar la direccionalidad conceptual de la categoría "tiranía". Aristóteles, operando con su filosófico escalpelo la triádica división de poderes, reputaba la presencia de una monarquía (gobierno de una sola persona), aristocracia (el de varias persona, independientemente de su número, vale decir: gobierno de los mejores) y república (gobierno de todos); con la común cualidad intrínseca de basar sus arquitecturas en el interés general De allí nacería una trilogía degenerativa cuando se pierde su telcología, advirtiendo desviaciones: tiranía como degradación de la monarquía; oligarquía, de la aristocracia y demagogia, de la república.

En adicción conceptual a estos enjundiosos criterios, El estagirita notifica también el pródomo de la etiología desviatoria de la tiranía que responde a un abuso de poder en aras de un interés personal opresor de la sociedad política, cuyo albedrío refleja despotismo y arbitrariedad.

De otra parte, desde la perspectiva escrutadora de una sindéresis sin sahumerio, un pasante es el estudiante de derecho que práctica, gratuitamente, con un profesional, con el propósito manifiesto de adquirir experiencia en la tramitación de los procesos, redacción de escritos, aprendizaje de estilos forenses y conductas curialescas, etc. El grueso del discipulado encarrila su atención en los estudios de abogados… muy pocos se animan a beber la abundante experiencia de la fuente palaciega, al lado de un magistrado.

Nuestra convicción optó por la segunda opción. No nos arrepentiríamos con el tiempo. Siempre consideramos, desde aquellas borrosas carpetas que soportaban nuestros cuerpos de cachimbos, como misteriosa e intrigante la lectura de una resolución sentencial. Como hasta la fecha no ha aparecido en los escaparates académicos un libro que resuma la esencia de aquellas lejanas esperanzas, he tenido que redactar estas memorias. Porque memoria es toda exposición de acaecimientos respecto a un determinado asunto. Y en vista de que el hado nos colocó ante tan singular realidad, nuestras memorias constituyen aquellos proyectos de sentencia que pusiéramos ante la vista del juzgador para que sean aceptadas o rechazadas.

En virtud de lo anterior, y en mérito a la atenta lectura del presente trabajo, la mayoría de nuestros proyectos fueron aprobados después de una cuidadosa revisión (¿censura previa?)

y delicada evaluación de sus contenidos, mereciendo posterior confirmación de ad quem. Las que no gozaron de este privilegio (alguna insertas en las presentes páginas), fueron las que versaron sobre complicadas controversias litigiosas cuya solución descansaba en una colisión, no inexcusable o insusceptible de salvar, entre lo justo y lo legal, vale decir entre el derecho y la justicia. El lector comprenderá porqué asumimos tal o cual posición, y asimilará también el mensaje generado a partir de una imprescindible crítica al sistema actual de administración de justicia, por ende, captará también por qué el derecho ejerce su tiranía despótica y arbitraria.

De otro lado, un poco más allá de precedentes consideraciones ut antea yuxtapuestas in memoriam de la situación que nos tocó vivir, estábamos tentados a intitular este introito con aquellos vocablos que los discípulos acostumbraban colocar al comienzo de sus escritos cuando deseaban que los leyera su maestro:

"Lege, quaeso" (lea, se lo suplico). Sin embargo, mi razón estimó innecesaria una invocación semejante al comprender la avidez natural del agudo intelecto de aquellas inteligencias que deslizan su fina vista en estas líneas oscuras sobre fondo claro.

En descargo de lo expuesto, el parágrafo ut supra ya está impreso. Entonces mi obligación sería, tal vez, la de repetir aquellas voces proferidas por Pilatos cuando contesta

a los sacerdotes negándose a retirar la inscripción INRI que mandó colocar sobre la cruz, denotando la irrevocabilidad de su conducta. En nuestro avatar reproduciríamos singular contestación: "Quod scripsi, scripsi" (¡lo que escribí, escribí!); salvando obvias distancias con el personaje que se lavó las manos con el fin de eludir responsabilidades. Nosotros en cambio las asumimos.

Asumimos, también, la responsabilidad de que in terminis de la lectura acuciosa se nos reproche: "Perdiste el aceite", que constituía la frase con la que los romanos se referían a un libro de escaso valor (porque cuando éste era muy trabajado, se decía que olía a aceite). ¡No importa!", corremos el riesgo de que se nos endilgue a final el "óleum presidiste" (¡perdiste el aceite!).

In terminis, al proponer la insaculación del actual sistema jurídico ortodoxo que privilegia estereotipadamente los pétreos cánones infranqueables de un racionalismo legalista que intoxica al derecho desde su viejo modelo; y atisbando los luminosos rayos del alba que despejan la noche y desalojan su oscuridad dogmatizante, prefiriendo, en cambio, la justicia al servicio de la vida; también corremos un nuevo riesgo: el de ser conducidos ante los tribunales del senil derecho a negar los destellos y vislumbres de un nuevo paradigma jurídico. No obstante, tendremos el consuelo de otrora, cuando Galileo fue obligado a retractarse por haber dicho que la Tierra giraba sobre sí mismo;

añadiendo en voz baja: “eppur si mouve” (¡y, sin embargo, se mueve!). Acaso el sino nos depare un camino parecido que nos obligue a retractarnos: “Es verdad el derecho y la justicia no puede servir a la vida”... y tímidamente, en un compensatorio susurro, añadiremos: “¡y, sin embargo, la sirven!

Arequipa, Navidad de 1995

El autor

El derecho alimentario en torno a la primera década de vigencia normologica de nuestro código civil. Comentarios, propuestas y alcances

"EL DERECHO ALIMENTARIO EN TORNO A LA PRIMERA DECADA DE VIGENCIA NOROLOGICA DE NUESTRO CODIGO CIVIL. COMENTARIOS, PROPUETA Y ALCANCES"[1]

1.- Introducción. 2.- De su naturaleza jurídica. 3.- De los sujetos obligados: ampliación. 4.- De las pensiones devengadas. 5.- Conclusiones.

1. Introducción

No por haber sido materia de un profundo y profuso tratamiento, el tema del derecho alimentario puede considerarse como deslucido o apocado. Antes, al contrario, su enjundia se renueva desde diversas perspectivas: la normativa la sociológica, la dikelógica, la del derecho judicial, la doctrinaria, etc.

Pero ¿por qué este tema sigue suscitando el interés de los juristas abocados al Derecho Familiar en desmedro de otras instituciones, también importantes, como el matrimonio?, ¿o

1 Conferencia pronunciada en el 1er. Congreso Nacional de Derecho Civil en Arequipa, Perú, en noviembre de 1994.

acaso estamos contemplando una institución cuya estructura es mucho más controvertida y compleja? Harto significativas son estas preguntas, en tanto y en cuanto nos permitan entrever su importancia en lontananza.

2. De su Naturaleza Jurídica

De ahí que resulte espinoso determinar la naturaleza jurídica del derecho alimentario. Sabemos que el derecho es uno solo ("uno universo iure") y sin embargo podemos advertir la presencia de derechos personales insusceptibles de valoración pecunaria, y derechos patrimoniales con estimación económica y por ende transmisibles.

Ahora bien, dentro de los derechos personales podemos involucrar a los fundamentales (que son los derechos humanos indispensables como el derecho a la vida) y los secundarios (como el derecho al nombre).

Asimismo, los patrimoniales se desdoblan en realices, que definen una relación entre un sujeto con un colectivo pasivamente obligado a respetar su bien (no convenimos con Cornejo que define estas relaciones entre personas y cosas.[2] Antes, al contrario, existe una obligación pasivamente universal "todos", frente a un titular del derecho que es "uno",

2 Cornejo Chávez. (1991, p. 228.)

donde la modalidad de prestación es omitiva, pasiva.[3] De otra parte, encontramos los derechos obligaciones, de crédito o personales, definidos en una relación mediata entre un sujeto con interpósita persona, que recae sobre un bien, como un mutuo. En esta coordenada, es que podemos enrumbar nuestro análisis tratando de responder a esta pregunta: ¿Qué tipo de derecho es el alimentario?

A modo de ilustración, revisemos la doctrina mediante una síntesis descriptiva que nos anoticie pálidamente la profundidad de la controversia en torno.

La primera vertiente, patrimonialista, está liderada por Messineo,[4] que dice: "Es sintomático…en cuanto el deudor de los alimentos, cuando haya dado cumplimiento a su prestación, puede desinterarse del modo y de la medida en que el alimentado la emplea… Tales síntomas contradicen a la doctrina del cuidado de la persona". Además, apunta: "…La insensibilidad del crédito de alimentos se explica como medida de defensa de la persona que recibe los alimentos contra el peligro de su propia prodigalidad". Vale afirmar que esta doctrina es netamente patrimonialista, colocando al derecho alimentario como mera obligación crediticia amparándose básicamente, en la no exigibilidad del cuidado después de la dación de la pensión. Al respecto no

3 Bidart Campos. (1987 pp. 66-70).

4 Cornejo Chávez. (1991, p. 226).

hemos encontrado mucha literatura en abono a esta teoría, sin embargo, Lehmann[5] afirma que la prestación previa no surte efecto liberatorio sino por un período proporcionado a las circunstancias. Lo que equivale a decir que el deber de cuidado es incompatible con las pensiones que se prestan fuera del hogar, configurando tal actitud una común obligación patrimonial.

Sin embargo, revisando nuestro código, encontramos en el artículo 472 el concepto de alimentos congruos (por ser congruentes subjetivamente a la posición social de alimentista; en oposición a los necesario o auxilios indispensables que cubren objetivamente las mismas necesidades, pero no congruentes con el statuts antedicho), y en efecto no se alude para nada el deber de protección o de cuidado, así como tampoco al derecho a la recreación. Abriendo un breve paréntesis, la ley colombiana incluye a la recreación en el art. 133 del decreto 2737.[6] Así mismo nuestro Código de Niños y Adolescentes, reconoce en el art. 101 el derecho a la recreación, pero sólo para niños y adolescentes, ¿acaso los demás derechohabientes – nos inquirimos-, que no sean niños o adolescentes, no necesitan también recrearse? No obstante, al menos tenemos un basamento normativo algo irregular; pero en canto a los alimentos advertimos orfandad en el deber de cuidado del alimentante.

---

5 Lehmann, H. (1993).

6 Gómez Piedrahita, H. (1992, p. 381).

La solución al problema del párrafo anterior, la debemos encontrar como fruto de una interpretación extensiva por la vía sistemátic33a de la norma. En efecto, el artículo 235 del código sustantivo ordena que la protección de los hijos menores sea una providencia de los padres, tal norma concuerda con la del art. 6 de la Constitución de 1 993 que dispone como deber y derecho de los padres el dar seguridad a sus hijos; contrariamente el art. 287 del C.C. omite este precepto en consonancia con el art. 423 inc. 1, Art. 316 inc. 1. En cambio, el art. 526 es distinto. Esto nos da pie para concluir que los alimentos están constituidos por tres elementos que interactúan: los de sustento o sostenimiento (comida, vestido, etc.), los espirituales (recreación, educación instrucción, etc.) y la protección y seguridad.

En vista de lo anterior, y en gala de un reenvío, recordemos el art. 484 del C.C. que abre la posibilidad a que el sujeto pasivo de la alimentación opte por cumplir con su deber dentro de su propia casa, brindándole seguridad, como manifiestan Kipp y Wolff[7] al decir: "...Porque si la mera entrega de la cantidad en metálico trasciende a frialdad en el trato y a indiferencia sobre la manera como lleve la vida el alimentista, cuando la obligación se cumple en el hogar, adquiere la prestación una humanitaria espiritualidad, que puede hacer despertar o fortalecer vínculos de afecto y cariño, que estuvieran desconocidos o ignorados".

7 Kipp, T. y Wolff, M. (1979, p. 250).

En otras palabras, ello ocurre en virtud de una elección que es aleatoria, por ende "lo habitual" conduce a reeditar el espectro de ausencia de protección. Por eso, con nota aguda de Guerra[8] se plasma una realidad: "...Ninguna pensión alcanza a cubrir las necesidades que se propone atender el art. 472...; lo ideal pues, es que los padres hagan frente dentro del hogar, al cumplimiento de sus deberes para con sus hijos y no fuera de él, solamente mediante el pago de una pensión siempre insignificante." Insignificancia que, para nosotros, tiene su móvil en la no protección a la que aludíamos.

Del otro lado de la medalla tenemos las teorías personalistas que aseveran, con Cicu y Ricci, que el derecho de alimentos tiene por génesis una fundamentación ética de la que es consecuencia y que el derecho del alimentario no es un valor disponible, ni el deber de alimentar es un elemento pasivo del patrimonio, por ser este debito de naturaleza superior y familiar. Asimismo, este derecho es inherente a la persona y fenece con la muerte del sujeto activo o pasivo, con intransmisibilidad a los herederos. Sin embargo, creen que su manifestación es patrimonial por la modalidad de la prestación.[9] De otra parte, conviene distinguir entre derecho alimentario y pensión de alimentos. A nuestro entender, con el debido respeto y sin ánimo de ser

8 Guerra Távara, R. (1986, p. 219).

9 Cornejo Chávez, H. (1991, p. 229).

iconoclastas o retardatarios, Cornejo Chávez entre en flagrante contradicción cuando entiende el derecho de alientos como la cantidad de bienes o de dinero con que el alimentista solventa su sustento,[10] de ahí que no nos extrañe su conclusión de que este derecho no forma parte de la persona misma (como los personales en general) sino que la sirven (como los creditorios), cuya valuación económica es variable y exigible a determinadas personas definidas por la ley. Tal contrariedad se acentúa cuando sostiene que la principal característica de este derecho es la de garantizar la subsistencia de su titular, DEL QUE NO PUEDE DESPRENDERSE Y LO ACOMPAÑA INDISOLUBLEMENTE en tanto subsista el estado de necesidad. Es decir, que se estaría borrando con una no lo que se escribe con la otra: por un lado, se dice que no es inherente y por otro, que es indisoluble ¿en qué quedamos?

De otro ángulo es necesario responderse a la siguiente inquietud: Entonces, si este derecho fenece con la muerte de cualquiera de los dos sujetos, ¿cuándo nacería? Lo racional sería convenir en que fenece con la muerte y nace con la vida (pidiendo anticipado perdón por la tautología). En contraste, a su razón, Cornejo confunde un derecho con su pensión, convirtiéndolo en derecho-pensión, cuya duración sería fugaz, no así el derecho sempiterno a la vida. Pero lo que nos extraña sobremanera es que

10 Cornejo Chávez, H. (1991, p. 231).

un iusnaturalista niegue el carácter de inherente a tan singular derecho, reduciéndolo a incorporar en un cajón de sastre donde aparece, al lado de otros, como un derecho patrimonial obligacional, pero con ciertas notas distintivas (exigibilidad no de la voluntad sino de la ley; duración concominante al estado de necesidad; carácter personalísimo, que niega lo que arguye). De la misma forma la doctrina arequipeña ha reproducido este dislate. [11]

Desde nuestro personal modo de apreciar las cosas, y en buena sindéresis, nos adherimos a la posición personalista, pero con ciertas reservas. Vale decir que pensamos que el derecho alimentario es inherente al ser humano, que es, en suma, la persona misma a la que configura su dignidad y nobleza y que como derecho no es ventaja ni carga para nadie; aunque como pensión creemos encontrar peculiaridades, sobre todo en lo atinente a las pensiones devengadas y no las por venir, como estudiaremos más adelante.

A nuestro criterio, el derecho (no la pensión) es una manifestación del derecho plúrimo a la vida. No sólo es derecho a la vida el no aborto, o no eugenesia, eutanasia, pena de muerte, etc. que son concepto que la sociedad maneja de acuerdo a su razón. El derecho a la inalienable vida no sólo es el derecho a caminar y a respira sino a lo que de ínsito

11 Díaz Valdivia, H. (1993, p. 224).

puede entrañar para desplegar su natural libertad en busca de su realización, de su personalidad y de tantas cosas más. Al respecto el derecho a la vida como derecho humano está protegido por el Art. 2 inc. 1 de nuestra Carta Magna; art. 4 inc. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: "Toda personal tiene derecho a que se respete su vida"; art. 6 inc. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: "El derecho a la vida es inherente a la persona humana"; art. 11 del Pacto Internacional de derechos Económicos, Sociales y Culturales: "El derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia."[12] O como lo diría Fernández Sessarego comentando el art. 5 del C.C. en que el derecho a la vida lo goza la persona por el simple hecho de ser tal, reafirmando la condición del hombre como ser ontológicamente libre y su inalienable e irrenunciable derecho a la vida.[13]

En este orden de ideas, el derecho a la vida arquitectura una situación curiosa. Por un lado, existe la obligación pasivamente universal de todos frente a uno, que consiste en omitir acciones arbitrarias que tiendan a menoscabarla; y por otro lado existe un sujeto pasivo con obligación activamente universal que es

12 Bidart Campos (1993).

13 Fernández Sessarego (1990, p. 42).

el Estado, que mediante acciones (omisiones, en su caso) está obligado frente a todos. En cuanto al derecho de alimentos se trata, diríamos acumulando lo antedicho, que existe además de obligación de prestarlos por parte de determinadas personas "ex lege" y no "ex voluntante".

Desde otro punto de análisis, observamos que dentro de la dimensión axiológica o dikelógica del derecho, el valor justicia exige desde su debe ser ideal que todo hombre tenga realmente con qué alimentarse, de lo contrario, habría una injusticia que debería ser revertida por sujetos definidos por la ley, ya que: "… el alimento … (los alimentos, diremos) son bienes primarios que abastecen necesidades elementales de todo hombre, que hacen a su dignidad, y cuya privación lo discapacita y lo degrada como persona."[14]

Quien mejor para expresar este pensamiento que fueyo Laneri, que entiende el derecho a los alimentos como una manifestación del derecho de la personalidad llamada "derecho a la Vida", sin el cual resulta imposible el disfrute de los demás bienes, puesto que "la función económica de este deber legal, pues se encuentra muy bien precisada: hacer posible la existencia de la persona."[15]

---

14 Bidart Campos (1987, pp. 63 y 75).

15 Fueyo Laneri, F. (1959, p. 554).

Concordante a este razonamiento, se constituye la modalidad con que Arias llama a los alimentos considerándolos como naturales; obviamente con marcado acento personalista.[16]

Así como también Diez Picazo que entronca nítidamente el derecho alimentario con el derecho a la vida: "Dice con mucha razón Barbero que el primer bien que una persona posee en el orden jurídico es su vida, el primer interés que tiene es su conservación y la primera necesidad con la que se enfrenta es procurarse los medios para ello. Ningún ordenamiento jurídico puede permanecer indiferente ante esta capital cuestión y así las leyes establecen preceptos que tienden a asegurar los bienes vitales, satisfacer el interés en ellos y facilitar la obtención de los medios de conservación."[17].

Todas estas ideas se enderezan a fortalecer nuestro aserto inicial: la inmanencia del derecho alimentario nace en el derecho a la vida. Algo se puede decir, en vía de objeción, cuando se manifiesta que en el cese del estado de necesidad desaparece el derecho alimentario de los titulares y no así el de la vida. Ya lo hemos aclarado: el derecho alimentario no sólo es socorrido "ex lege", por determinados sujetos pasivos, feneciendo con la muerte del alimentista o desaparición de su estado de necesidad; sino del Estado mismo que vela por los seres indefensos en virtud del

16 Arias, J. (1943, p. 59).

17 Diez Picazo, L. y Gullón, A. (1983, p. 49).

principio de solidaridad humana que tiene exigibilidad jurídica a nivel constitucional.[18] - Así nos estaríamos apartando de la tesis de la subsunción del derecho alimentario a las patrimoniales obligaciones, ya que como sostiene Gómez: "En forma impropia se la ha denominado "obligación o deuda alimentaria", porque tiene notorias diferencias con las obligaciones civiles en general, por sus mismas características intrínsecas. Por ello Hartman y Brinz, sostienen que por ser una obligación emanada directamente del organismo jurídico y social, excede el concepto de obligación."[19] (17).

Nosotros creemos que el reparo señalado de la incorporación alimentaria a los trebejos obligacionales, no debe transitar por la vía de la imperatividad social puesto que otras obligaciones privadas también tienen restricciones o cercos públicos y no por ello conspiran contra su naturaleza jurídica; antes, al contrario, la objeción debería alimentarse por la ruta de señalar, como los autores anteriores, la inmanencia e inherencia del derecho alimentario al ser, por su adhesión al de la vida. Así muy bien lo ha sostenido Somarriva: "El derecho que tiene una persona a exigir alimentos a otra, con la cual generalmente se encuentra ligada por el parentesco, tiene un sólido fundamento en la equidad, en el Derecho Natural. De ahí que el legislador al

18 Ver Bidart Campos (1995).

19 Gómez Piedrahita (1992, pp. 381 y ss.).

establecerlo en la ley no hace sino reconocer un derecho más fuerte que ella misma, y darle mayor importancia y relieve."[20]

En vista de los enunciados anteriores creemos encontrar la naturaleza jurídica del derecho alimentario en el derecho a la vida y éste en el derecho natural e inherente al ser humano, sin perjuicio de una manifestación pecuniaria como todo otro derecho de la misma naturaleza que necesita de una materialidad para substanciar su esencia, sobre todo en el derecho a la vida. Por ende, estamos lejos de concordar que este derecho pueda constituir, como lo afirman Cornejo y Díaz Valdivia, un derecho jenízaro obligacional patrimonial con rasgos peculiares, producto del aquelarre ente el derecho con su manifestación como pensión económica.

3. De los Sujetos Obligados

Ampliación: En otro orden de ideas, el derecho de alimentos (por pertenecer al derecho familiar) tiene un marco presidido por el parentesco. Al efecto, y en obsequio de brevedad, nuestro C.C. establece dos formas de parentesco: uno por consanguinidad (línea recta y línea colateral hasta el cuarto grado, de acuerdo al art. 236) y otro por afinidad (también en línea recta y otro colateral que produce efectos civiles hasta el segundo grado, en virtud del art. 237). Sin embargo, esta doctrina leal riñe con el

20 Somarriva Undurraga, M. (1963, p. 614).

art. 475 que considera, para los efectos civiles de recíproca carga alimentaria, sólo al cónyuge, a los descendientes, ascendientes y los hermanos.[21] Es decir que sólo se toma en consideración el parentesco consanguíneo por la línea recta "ad infinitum" yo por la línea colateral sólo hasta el segundo grado: en el caso de los hermanos. Se obvia por lo tanto el parentesco consanguíneo colateral del tercer y cuarto grado.

Advertimos que tropezamos con una carencia normológica cuya omisión es preciso analizar: su justicia o injusticia.

Ahora bien, revisemos también el artículo 475 que en su cuarto inciso se refiere a los hermanos. Así como el art. 476 alude a los ascendientes y descendientes (por analogía incluiríamos a los hermanos) quienes deben conservar, para efectos de su obligación alimentista, el orden en que son llamados a la sucesión legal. De esta manera nos remitimos al art. 681 que se refiere a la representación de los hijos o descendientes con respecto a los ascendientes cuando éstos no pueden concurrir a recibir su herencia. De la misma manera, si un padre ha premuerto, sus hijos concurrirían en su representación a satisfacer los alimentos, de la misma forma en que lo harían para heredar.

---

21 Útil será revisar el texto del art. 102 del Código de Niños y Adolescentes, que expresa: "Es obligación de los padres prestar alimentos a sus hijos. Por ausencia de éstos, prestarán alimentos en el orden siguiente: 1. Los hermanos mayores de edad. 2.- Los abuelos; 3.- Los parientes colaterales hasta el tercer grado, 4.- otros responsables del niños o adolescente"

En vista de lo anterior ¿se podrían llamar a los hijos en representación del hermano que ha premuerto a que solventen los alimentos del tío? La respuesta nos la da Cornejo Chávez: "Como donde hay la misma razón, hay el mismo derecho, nos parece que, si los hijos del hermano premuerto son llamados a representar a éste en la herencia del causante, también deberían ser llamados a alimentario."[22]

Y ya una vez absuelta la pregunta, nace otra: ¿Y si es verdad que los sobrinos deban alimentar al tío en representación de su padre premuerto, existirá la obligación recíproca del tío con respecto a sus sobrinos cuando devengan en estado de necesidad?, nos parece que si introducimos este nivel de representación en esta relación parental colateral obligacional alimentaria estamos legitimando una situación jurídica no amparada expresamente por la norma, que a merced de ello no impediría protegerla con todas las garantías como la reciprocidad alimentaria, para que la situación no degenere ni devenga en enriquecimiento ilícito a que se refiere el art. 1 954 del código sustantivo.

De todas formas, esta interpretación no nos deja satisfecho, sobre todo tratándose del Perú que es una nación caracterizada por el rancio positivismo y muy poco proclive a las interpretaciones como las que acabamos de emprender. En

22 Cornejo Chávez, H. (1991, p. 276).

tal sentido, algo nos consuela la vigencia normológica que otras legislaciones le han dado a este tipo de relaciones.

Demás está citar el código mexicano (con una realidad similar a la nuestra), que extiende el derecho y la obligación alimentaria hasta el cuarto grado colateral en su artículo 305; en el caso de afines tenemos el art. 206 del código francés y el artículo 368 de la ley argentina que consagra la relación alimentaria entre el suegro, la suegra, el yerno y la nuera, como bien lo apunta Cornejo.[23]

Y esto sólo a guisa de ejemplo para no remitirnos a la legislación chilena que ampara la obligación alimentaria en caso de donación cuantiosa en tanto no haya sido revocada, en que, además, el donatario sería el primero al que se le debe dirigir la acción alimentaria en virtud del orden de precedencia dispuesto por el artículo 321 inc. 9 de la ley chilena supra citada.[24] A contracorriente, los casos de donación no constituye el primer recurso del alimentista en la ley colombiana, los que conjuntamente con el comerciante quebrado (que recibe sólo alimentos necesarios) van al final de la preferencia, constituyendo la donación cuantiosa una fuente extrafamiliar única;[25] con la nota original que los hermanos legítimos se

23 Cornejo Chávez, H. (1991, p. 238).

24 Somarriva Undurraga (1963, p. 621).

25 Gómez Piedrahita, H. (1992, p. 382-383).

deben alimentos recíprocamente con exclusión de los naturales o extramatrimoniales, como no ocurre con la ley peruana que no contempla esa discriminación tan injusta, sobre todo considerando que no existen las diferencias cuando son llamados a heredar, dentro de la concepción colombiana.

Así también en cuanto a la ley española Kipp nos grafica: "… El código español… admite también … la obligación de alimentos entre hermanos legítimos, de vínculo doble o sencillo, siquiera sea con los caracteres de: restringida, puesto que sólo abraza los auxilios necesarios para la subsistencia, comprendiendo en ellos los gastos indispensables para costear la instrucción elemental y la enseñanza de una profesión, arte u oficio; subsidiaria, porque sólo se da a falta de ascendientes y descendientes y condicional porque no se otorga a los hermanos en todo caso de pobreza y necesidad, sino sólo cuando por un defecto físico o moral, o por cualquiera otra causa que no sea imputable al alimentista, no puede éste procurarse su subsistencia."[26]

En virtud de lo anterior, la ley chilena coloca a los donatarios en la obligación primigenia dentro de la prelación obligacional, no así la colombiana que los ubica a la zaga, con la salvedad de que los hermanos legítimos se deben alimentos en perjuicio de los naturales; no así la ley española que considera a los hermanos de cualquier clase con la condición de que tenga no sólo estado

26 Kipp, T. y Wolff, M. (1979, p. 243).

de necesidad sino defecto físico o moral no imputable y sólo se les costea auxilios necesarios.

No compartimos estos criterios por la evidente injusticia: nos quedamos, en esta materia, con el perfil peruano, que a todas luces, tales normas se nos presentan menospreciadoras y discriminadoras de relaciones (como las de los hermanos) totalmente justificantes: por eso nosotros creemos que se debería ampliar la cobertura obligacional del artículo 475 a los consanguíneos colaterales hasta el cuarto grado, y si no se acepta la obligación alimentaria congrua, por lo menos tipificar la de los alimentos necesarios o auxilios indispensables para la vida, dentro de esta acumulación objetiva originaria subordinada.

Se nos intentará recursar arguyendo fatuamente que los parientes de tan lejana relación apenas si se conocen y se estaría apelando a estos incisos para enriquecerse indebidamente a costa del otro por el ocio de aquél. No consideramos de mucha solidez esta objeción fácilmente rebatible en el sentido de que el desconocimiento de la existencia o presencia de los pariente no puede legitimar una causa para desatender a personas que tienen la misma relación parental, la misma sangre si se quiere (obligando de por sí) y que no es a título gratuito o por piedad, sino (y no sólo) por equidad que se hacen esos emplazamientos, ni tampoco únicamente a título de solidaridad, sino a título del derecho inalienable a la vida que debe quedar satisfecho por los

familiares dentro de los grados y líneas supracitadas, antes de caras con tal débito al Estado.

Lo que ocurre es que nos hemos estado desenvolviendo dentro de un esquema ortodoxamente paternalista en que todas las obligaciones las endilgamos y responsabilizamos al Estado, entonces ¿por qué cargar la obligación de alimentar a una persona incapacitada, a la cuenta de toda una sociedad que tiene otras preocupaciones más prioritarias, cuando muy bien y holgadamente lo puede hacer un familiar con posibilidades económicas suficientes?

Y ni se arguya tampoco que las obligaciones por tipificar, como lo proponemos en este ensayo, son una intromisión grosera a la intimidad y propiedad privados y por ende a su libertad. No nos parece tal cosa, puesto que en la práctica existe la costumbre de alimentar, aparte de parientes, hasta a los ahijados de los bautizos y otros sacramentos, fruto de compradrazgos que no tienen ninguna relación de parentesco por más que se remonten a sus antepasados españoles o incásicos. La realidad da vigencia normológica. En este caso la realidad desborda a la norma que se queda rezagada; la realidad lo pide; la doctrina lo reclama; la justicia (fin supremo del derecho) lo exige; la legislación comparada lo estatuye; la solidaridad que debe tener exigibilidad tanto moral como jurídica, lo legitima. Son muchos los flancos que validan el argumento de que este derecho inherente al ser

humano no debe quedar a la anodina suerte y no debe dar, por ende, un salto al vacío con omisiones tales como las de estas normas cercenadoras de la dignidad humana, que consideran al derecho a los alimentos como un simple plato de lentejas y nada más, constriñendo su real envergadura.

En este decurso, tampoco podemos ufanarnos pensando que la legislación peruana siempre tiene que estar emulando la cima de la modernidad o post-modernidad encarnada en las legislaciones comparadas de mundos desarrollados y post-industrializados. Lo que ocurre es que tenemos miedo de crear algo propio, algo original. No corramos el riesgo de ser siempre los corifeos intelectuales que acogen academicismos utópicos repitiendo malabarismos caliginosos: debemos empezar a tener audacia legislativa a tono con nuestra propia e intransferible realidad, la que no se inventa sino se descubre: no importar legislaciones que siempre responden a otras latitudes y que pueden sonar muy bien a los oídos de los erráticos. La solución tampoco radica en echarnos cera a los oídos para no escuchar – como Odiseo- los cantos de sirenas: la solución está en escuchar, pero escuchar atendiendo a nuestra realidad que es distinta y rica en soluciones y no creamos que por ello seremos peregrinos trashumantes del derecho: seremos innovadores, claros y bizarros.

No se piense además en el ríspido esquicio de que dando flexibilidad al Art. 475 estaríamos abriendo en el futuro la heterodoxa posibilidad de que aparezcan nuevas puertas que la moral cristiana o la ética humanista avalara a título de filantropía. No creemos ni deseamos arribar a tales extremismos, sólo somos consecuentes con Una interpretación más real que, desde nuestra perspectiva, es correcta: elastizar el deber alimentario ampliado (si se prefiere sólo con auxilios necesarios y no congruos), reflejando un deber ético que la ley sólo acogería y no crearía.

Creer en lo contrario sería asentir, con Diez Picazo, una insinuación a un Estado omnímodo que bajo la apariencia de social de derecho transmite a la sociedad las cargas que debieran tener unos cuantos, como sucede en la doctrina española.[27]

En este caso, la obligación alimentaria entre parientes se convertiría en una obligación subsidiaria dentro de los esquemas de un estado paternalista. Nosotros creemos, sin aprensiones, que la obligación estatal es subsidiaria: el estado va al final, es subsidiario.

Lo que tratamos de decir es que la obligación alimentaria, que por ejemplo se satisfaga entre un tío y su sobrino, no sea por la vía de la caridad o de la filantropía o de la piedad.

---

27 Diez Picazo, L. y Gullón, A. (1983, pp. 49 y ss.).

Además, es necesario anotar algunas pautas de interpretación doctrinal, veamos que José Arias avisaba: "El derecho (se entiende, el de los alimentos) que lo ha reconocido lo ha ampliado debido a influencia de factores que derivan de la solidaridad familiar o simplemente de la moral... aquél – en el segundo grado colateral- se detienen en nuestro derecho las obligaciones alimentarias; más allá se entra en el campo exclusivamente moral: prestar alimentos a un sobrino o a un primo será caso de conciencia; pero no es, en principio, una obligación leal."[28] Con esto Arias todavía no vislumbraba lo que acontecería posteriormente en otras latitudes, pero establecía los fundamentos éticos que la norma recogería, Nos asombra demasiado, de otro lado, que en esos tiempos existiera obligación entre afines yo no entre los parientes legítimos por afinidad -continúa- se deben alimentos el suegro y la suegra, y el yerno y la nuera."[29]

Es del caso precisar que la legislación italiana también reconoce a los suegros, nueras y yernos como beneficiarios de la obligación por afinidad. Esta obligación también recae en el donante.

Anteriormente, a mérito de nuestra interpretación preliminar, estudiamos que los representantes de un padre

28 Arias, J. (1943, p. 52).

29 Arias, J. (1943, p. 52).

podrían alimentar al hermano de éste, veíamos que era posible no obstante no existir la obligación expresa dentro de la nómina del art. 475 que mediante "númerus clausus" dispone las personas que el legislador consideró adecuadas.

Resumiendo lo dicho, y para escapar de bizantinismos, una nota atinente de Fueyo y Laneri: "Estoy con el pensamiento acertado y claro de Puig Peña... Entendemos que el ordenamiento jurídico sitúa la deuda alimenticia entre los parientes porque considera, con razón, que los vínculos de sangre obligan; que hay un algo entre las personas que descienden unas de otras, o ambas de un tronco común, que les fuerza a estimar su desgracia como suya propia..."[30]

Ese "algo" que recorre la sangre y genera una exigibilidad, primero es de orden estrictamente natural cuya eticidad la entronca con la exigencia del deber ser ideal del valor justicia y la impregna de juridicidad. Al contrario de Cornejo que acepta un substrato moral en las normas que serán jurídicas sólo desde el momento en que el derecho las incorpora a su seno ya sea expresa o tácitamente vale decir que, a pesar de ser iusnaturalista, acepta la posición positivista del rey Midas: "todo lo que toca se convierte en oro."[31]

---

30 Fueyo Laneri, F. (1959, p. 556).

31 Cornejo Chávez, H. (1991, p. 26).

Nosotros pensamos al contrario: "los supuestos derechos morales están sumergidos en la juridicidad, aun cuando precisan positivarse en el mundo jurídico (derecho positivo o vigente), y son exigencias del deber ser ideal del valor (Valente y exigente), que subsisten incólumes a pesar de la eventual falta de recepción en aquel mundo. La positividad es necesaria, es exigible por virtud del valor; pero su ausencia no priva de juridicidad al deber ser ideal de ese mismo valor justicia. Precisamente, la juridicidad de lo que se llama derecho positivo proviene de su sentido direccional hacia la justicia (aunque acaso el derecho positivo sea injusto…)", como apunta Bidart Campos (1991, p. 81).

De ahí que el derecho alimentario ampliado se constituya un derecho moral cuya juridicidad se daría cuando el valor justicia lo exige como criterio jurídico del mismo valor, que conjuntamente con las otras dimensiones del derecho, vemos que propone su recepción en el mundo normativo, confirmando su ínsita juridicidad.

4. De las Pensiones Devengadas

Otro tema que nos está removiendo la inquietud resolverlo es el referido al art. 487 en que manifiesta que el derecho que es objeto de nuestro tratamiento es intransmisible., irrenunciable, intransigible e incompensable. Estamos de acuerdo por tratarse de un derecho estrictamente extrapatrimonial con manifestación pecuniaria, cuya pensión atrasada no se sabe si está sujeta a

transacción o no. Creemos advertir que las pensiones futuras no pueden ser objeto de transferencias porque garantizan la vida frente al peligro de la prodigalidad o los avatares de su propia subsistencia, pero en cuanto a las pensiones devengadas, nos surge la duda, (legítima diosa del auténtico conocimiento). En este último aspecto la ley no se pronuncia, dejándonos espacio para la reflexión.

Algo adelantamos al pautar que la acción de cobro de pensiones devengadas prescribe a los dos años, lo que define su condición jurídica equiparada a la de un crédito más, ya que no tendría el objetivo prístino de garantizar la existencia del alimentista por cuanto se presume que, gracias a su negligencia, el titular ya no los

Necesita y que posiblemente se ha valido de otros medios cuando le cupo su derecho de exigencia en pleno estado de necesidad. Es decir, que somos del criterio de que el código debe aclarar expresamente que las pensiones atrasadas pueden ser objeto de compensación, transacción, condonación, trasmisión a título oneroso o gratuito, ya sea mortis causa o inter vivos.

No encontramos norma que deslegitime la propuesta, antes al contrario cualquier impugnación riñe contra el sentido común. Por tal razón, también puede cederse a merced de diferentes títulos, el derecho a demandar el monto atrasado. Esta ecuanimidad de fundamento encuentra eco en Somarriva:

"La distinta naturaleza del derecho a las pensiones atrasadas se justifica plenamente: el objeto de los alimentos es que el alimentario subsista, y si a pesar de no haberse pagado ha subsistido, el legislador no ve inconveniente para que el derecho a los alimentos pasados sea susceptible de transacciones jurídicas"[32], en este caso se pone en pie la presunción a la que hacíamos alusión en el sentido de que el silencio le produce al acreedor una opción que puede o no utilizar dentro de su marco constitucional de libertad.

Algunos nos dirán que esta postura colisiona con el planteamiento de la inherencia de los derechos alimentarios que al inicio nos preocupamos en examinar. No encontramos discrepancia por la diferencia entre un derecho personal y una pensión. Diez Picazo lo advera de otra forma: "La expresión ´derecho a alimentos´ debe comprender tanto el que en abstracto posee una persona contra los parientes obligados como el ya actual y reconocido por haberse producido la circunstancia para el nacimiento de la obligación de prestarlos. Aquí no cabe ningún acto de disposición sobre el derecho, unido esencialmente a la personalidad de que de ello está necesitado. En cambio, las pensiones atrasadas, es decir, las cantidades a las que jurídicamente tiene derecho, ostentan una naturaleza puramente patrimonial desde que no han sido puntualmente

32 Somarriva Undurraga, M. (1963p. 624).

satisfechas, y ello porque han perdido obviamente la cualidad de ´alimentos futuros´, no son ya *a priori* necesarios para la vida."[33]

5. Conclusiones

Epilogando nuestro estudio sobre el derecho alimentario que se sitúa dentro de los derechos fundamentales, específicamente el derecho humano a la vida que es inherente; de otro lado, la realidad, el silencio de la norma, el valor justicia, la ley comparada, la doctrina, etc. Justifican una ampliación del art. 475 para los parientes consanguíneos indicados, por las razones expuestas. Finalmente, las pensiones atrasadas pueden ser objeto de cesión y trasmisión, ya que no lo impide el Art. 487 que, para evitar conflictos, debería disponerlo expresamente ya que lo devengado no conspira contra la seguridad del alimentista.

Todas estas reflexiones no sólo son propuestas, son expresiones de una realidad muy nuestra a la que prestamos oídos sordos, recordemos que no hay peor legislador que aquél que no quiere innovar.

Multipliquemos nuestras originalidades para tener convicción de que nuestro avance es el claro reflejo de una realidad que se hermana con su norma.[34]

---

33 Diez Picazo, L. y Gullón, A. (1983, p. 53)

34 Lizárraga Ugarte, W. (1993, pp. 66 y ss.)

Porque el mejor homenaje que le podemos tributar a nuestro Código Civil, en su décimo aniversario de vigencia normológica, no es predicar con inopia su incolumidad o inamovilidad: tal acrobacia mental constituiría atisbar una luctuosa inmutabilidad que desafíe a la moda, no a la realidad Ya que un código se hace atemporal no por la ausencia de cambios, sino por la multiplicación de éstos que le continúen brindando estímulo y marco adecuado para una vigencia más plena, fructífera y próspera. El destino de nuestro código no debe ser consuntivo, delicuescente o evanescente, debe ser perseverante en la innovación, firme en la reflexión y leal a su realidad. Esta es la tarea de los próximos años y del futuro milenio. ¿Sabremos responder al desafío?

EXPEDIENTE NO. 01 – 95

ACCIÓN DE AMPARO

EXPEDIENTE No. : 01 – 95
DEMANDANTE : A
DEMANDADO : IPSS
MATERIA : Acción de Amparo

SENTENCIA[35]

Arequipa, veintidós de marzo de mil novecientos noventa y cinco.

VISTOS: A fojas catorce, la demanda de acción de amparo interpuesta por "A", dirigida en contra del Instituto Peruano de Seguridad Social representado por su Gerente Departamental "B", con la finalidad de que se deje sin efecto la resolución número mil guión GDA guión IPSS guión noventa y dos, que resuelve cesar al recurrente en el cargo de auxiliar, sustentándose en los siguientes fundamentos de hecho: que ha prestado servicios al IPSS desde el diez de octubre de mil novecientos ochenta como empleado que ingresó a trabajar para el hospital de Mollendo, con el cargo de Técnico de Abastecimientos, hasta

35 Este proyecto fue acogido sustancialmente por la majestad judicial.

el treintiuno de diciembre de mil novecientos noventa y dos en que se le impide el acceso al trabajo por no haberse presentado a dar un examen de selección y clasificación con fecha quince de noviembre de mil novecientos noventa y dos en circunstancias que se encontraba con incapacidad temporal para el trabajo en virtud de un descanso médico expedido por médico del IPSS. Que no pudo presentarse al examen antedicho porque no se le notificó, aparte de encontrarse con descanso médico. Posteriormente se emite la resolución número quinientos guión GG guión IPSS guión noventa y cuatro del cinco de julio de mil novecientos noventa y cuatro que declara fundado su reclamo y dispone se le tome nuevo examen el venticuatro de julio de mil novecientos noventaicuatro, debiendo ser tal acto denotativo de su reincorporación al seno laboral, tomando en cuenta que las facultades del IPSS para racionalizar fueron por ciento veinte días y que ya caducaron para esa fecha. Seguidamente se emite la resolución número mil cincuenta guión GG guión IPSS guión noventa y cuatro del diecisiete de noviembre de mil novencientos noventa y cuatro, cuyo primer punto resolutivo deja sin efecto la resolución número quinientos guión GG guión IPSS guión noventinucatro y en su segundo punto resolutivo habilita a diversos trabajadores a que rindan nuevo examen. Dicha resolución también fue dejada sin efecto con la resolución número mil ochenta del veintiocho de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro en que se ordena un nuevo examen

para el cuatro de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro, y que tal acto resulta nulo de puro derecho por haber caducado la facultad del IPSS. Fundamenta jurídicamente los hechos en la Ley once mil trescientos setenta y siete modificada por el Decreto Legislativo doscientos setenta y seis que establece a su derecho a gozar de estabilidad laboral. A fojas veinticuatro, el demandante amplía su demanda, peticionando se deje sin efecto la resolución número diez guión GDA guión IPSS guión noventa y cinco, notificada con posterioridad a la interposición de la demanda, en forma dolosa, se dispone confirmar el cese por la causal de racionalización en aplicación de la resolución número mil cincuenta guión GG guión IPSS guión noventa y cuatro modificada por la resolución número mil ochenta guión GG guión IPSS guión noventa y cuatro. Además, el cuatro de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro se presenta a un examen de selección y calificación en el Colegio Nacional "Micaela Bastidas", sometiéndose a dicha prueba, ya que su vínculo laboral se encontraba vigente. Admitida a trámite la demanda mediante auto que obra a fojas dieciocho y con la ampliación de la demanda a fojas veintisiete. Se absuelve el traslado, negando el IPSS en todos sus extremos, argumentando: Que el demandante tenía la condición de personal administrativo al momento del cese, por lo que, al no presentarse a rendir la prueba de selección, es procedente su cese. Que el recurrente no ha probado con documento alguno que estuviera incapacitado

para rendir el examen, y que si las resoluciones número quinientos, mil cincuenta y mil ochenta guión GG guión IPSS guión noventa y cuatro no aluden a la razón exacta que ha conllevado a que la Gerencia General adopte tal determinación. Que las alegaciones del demandante las debió presentar no en la vía del amparo, y que de ser el caso debió haber acompañado medio probatorio. De otro lado, en cuanto a la caducidad de los ciento veinte días dispuesto por el Decreto Ley veinticinco mil seiscientos treinta y seis. Es falso, ya que, si se sigue con ese argumento, resultarían también nulas las resoluciones quinientos, mil cincuenta y mil ochenta guión GG guión IPSS guión noventa y cuatro; que, además, el presidente ejecutivo no ha dictado la resolución correspondiente que dé por concluido el proceso de racionalización. Además, en las citadas resoluciones se considera a un número de trabajadores de las diferentes Gerencias Departamentales Zonales y Hospitales Nacionales para poder acudir a la nueva prueba de selección, sin que ello signifique que necesariamente con la sola presentación a dicho acto, sea suficiente para que tengan que ser reincorporados, ya que tenía que obtener una nota aprobatoria que permita su reincorporación, lo que no ha ocurrido, siendo cesado por resolución número diez guión GDA guión IPSS guión noventa y cinco. Que el día cuatro de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro, en forma libre y voluntaria, el demandante se presenta a dar su examen aceptando las condiciones de que de no ser

aprobado sería cesado. Tal examen estuvo revestido de las seguridades del caso, ya que se contó con la presencia de notario, de un fiscal y personal de la Universidad Nacional de Ingeniería. En lo que se refiere al pago de remuneraciones insolutas y otros beneficios sociales, ello no es posible porque en aplicación del Decreto Ley número veinticinco mil seiscientos treinta y seis, el cese de produce con sujeción legal, y de reconocérsele ese derecho se estaría transgrediendo el sistema jurídico. Fundamenta la contestación de la demanda en el Decreto Ley veinticinco mil seiscientos treinta y seis, Ley veintitrés mil quinientos seis. Admitida a trámite por resolución obrante a fojas setintiuno; y estando la causa en oportunidad de emitir sentencia, y CONSIDERANDO[36] PRIMERO: Que la acción de amparo es un proceso de excepción ante situaciones graves que por ausencia de otras vías aptas se hace peligrar la tutela de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución. Para ello deben satisfacerse cuatro requisitos característicos: a).- arbitrariedad o ilegalidad manifiesta del acto lesivo, b).- ineficacia de los procedimientos ordinarios, c).- daño grave y concreto que el empleo de dichos procedimientos podría acarrear, d).- posibilidad de reparar ese daño sólo eventualmente a través de la vía urgente y expedita del amparo. SEGUNDO: Que el petitorio de la demanda de acción de amparo abriga la

36 Bidart Campos (1993, pp. 706 y ss).

posibilidad de declarar la ineficacia de la resolución número mil guión GDA guión IPSS guión noventa y dos del diecinueve de noviembre de mil novecientos noventa y dos, obrante a fojas dos, en que se cesa al recurrente en el cargo de Técnico Administrativo a partir del dieciséis de noviembre de mil novecientos noventa y dos. Que en cuanto al primer requisito de la acción de amparo: la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta del acto lesivo, ésta fluye de los propios actuados, sin embargo, fue corregido por el IPSS, al convocar al cesado a un nuevo examen. TERCER: En cuanto se refiere al otro factor configurante: la ineficacia de los procedimientos ordinarios; debería haberse acreditado este presupuesto. La acción de amparo tiene un carácter excepcional de garantía que no puede ser usado como panacea ante cualquier caso. En efecto, en el escrito de la demanda, a fojas quince, primer párrafo, se manifiesta que, ante el cese arbitrario del demandado, el recurrente "espera pacientemente" sin acudir al auxilio jurisdiccional pertinente. Vale decir. Que el emplazante no interpone en ese momento, ni acción ordinaria ni acción especial. CUARTO: En cuanto al tercer factor: el daño grave y concreto que el empleo de tales procedimientos podría acarrear, está recogido por la Ley de Hábeas Corpus y Amparo número veintitrés mil quinientos seis en su artículo veintiocho inciso segundo. Y siguiendo el discurso del demandante, el daño grave consistiría en el cese generador de un desempleo que conlleve el impago de beneficios o

remuneraciones por un tiempo indefinido, actitud que pudo haberse remediado si en su oportunidad se interponía la acción de amparo pertinente, ya que el decurso del tiempo, que demandaría la actuación en una vía ordinaria, generaría los susodichos daños inmediatos y directos, considerando que la institución habilitaría un nuevo examen a A. QUINTO: En virtud del último presupuesto: la posibilidad de reparar ese daño sólo eventualmente a través de la vía urgente y expeditiva del amparo, debe entenderse lo acotado por la Ley veintitrés mil quinientos seis en su artículo primero. Que dada la inconstitucionalidad de la resolución número mil que cesaba al demandante, existía fundamento suficiente para amparar esa causa judiciable, dada la transgresión del derecho subjetivo, ocasión en la que se pudo restablecer de inmediato el derecho restringido, aun existiendo vía procesal administrativa ordinaria, por ese acto que exhibe una ostensible violación. Sin embargo, el demandante tenía sesenta días para enderezar su derecho de acción en el amparo, a partir del momento de la lesión fáctica o, en todo caso al haber resolución que agote la vía previa o administrativa (extremo este último no acaecido por cuanto el procedimiento administrativo no confirmó la decisión arbitraria del cese, ya que existió nuevo examen inmaculador de la primigenia violación) en virtud del artículo treinta y siete de la ley veintitrés mil quinientos seis; y desde la fecha de la agresión que es el veinticinco de noviembre de mil novecientos noventa y dos hasta la fecha de interposición

de la demanda de amparo que es el siete de febrero de mil novecientos noventa y cinco, han transcurrido más de los sesenta días hábiles exigidos por la ley, véanse las fojas tres y catorce, respectivamente. Por lo tanto, ha prescrito su derecho a accionar; máxime si se considera que ese hecho al ser auto-corregido, ya no existe. SEXTO: Que a fojas veinticuatro se amplía la demanda, en que se presenta el petitorio de la ineficacia de la resolución número diez guión GDA guión IPSS guión noventa y cinco notificada el diez de febrero de mil novecientos noventa y cinco, en fecha posterior a la interposición de la demanda. En dicha resolución, que obra a fojas diecinueve, no se pronuncian sobre la impugnación administrativa de la resolución que declaraba su cese, por considerar que fue resuelto mediante la nueva convocatoria a examen; luego explicita que se debe confirmar el cese por causal de racionalización en aplicación de la resolución número mil cincuenta guión GG guión IPSS guión noventa y cuatro. SEPTIMO: Que en consideración al segundo párrafo del artículo cuatro de la ley veinticinco mil seiscientos treinta y seis, *in extenso*, se menciona: "Vencido el plazo señalado (ciento veinte días) los trabajadores que no se acojan a las renuncias voluntarias con incentivos serán sometidos a exámenes de calificación y selección, en un plazo que no excederá de ciento veinte días calendario posteriores a la vigencia del presente Decreto Ley". Si bien es cierto que sólo se debían disponer de ciento veinte días para la evaluación de

selección, esto no implica que aquellos trabajadores que hubieran justificado su incapacidad, dejen de tener obligación de dar el examen, considerando que no se han acogido al retiro voluntario con incentivo. Vale decir, que el demandante acredita que no pudo dar examen el quince de noviembre de mil novecientos noventa y dos, pero eso no significa que no tuviera la obligación de rendirlo, aunque sea en fecha posterior a la vigencia de la ley. Interpretar de modo contario, sería admitir que cualquier persona que labore para una entidad que seleccione a su persona, puede evadirse del tamiz que pone en entredicho su permanencia en la institución, a mérito de cualquier justificación que burle una norma de cumplimiento irremisible. OCTAVO: Que una vez producido el daño de no percibir remuneraciones ni beneficios sociales, y considerando la posibilidad de que las resoluciones mil cincuenta y demás aludidas, que reconocían la necesidad de evaluar nuevamente a un universo de trabajadores, pudiéndose pensar que dichas resoluciones aceptaban la arbitrariedad expresa de la resolución número mil que cesaba al recurrente yi le generaba daños; este extremo debería probarse en un fuero laboral en que se dilucide, sin aprensiones, si continuaba la relación laboral o no hasta el diez de febrero de mil novecientos noventa y cinco, fecha en que se confirma el cese; y no corresponde el amparo cuanto existe vía judicial ordinaria que permita ventilar con claridad y paciencia hechos dudosos y opinables. NOVENO: En cuanto a

declarar o no ineficaz la resolución número diez guión GDA guión IPSS guión noventa y cinco, no se ha demostrado su ilicitud. En todo caso, y conforme al escrito de apelación administrativa de fojas veintiuno se debe esclarecer si una norma que no sea penal, según el artículo ciento tres de la Constitución del Estado, puede tener carácter de retroactiva al confirmar el cese dispuesto por la resolución número mil; pero previamente se debería aclarar también si esta última resolución se derogaba o no, mediante las resoluciones mil ochenta y demás habilitantes a un nuevo examen. DECIMO: A mayor abundamiento, en lo atinente a la ineficacia de la resolución número diez guión GDA guión IPSS guión noventa y cinco, existe una vía legal para la protección de los derechos supuestamente lesionados, no procediendo el amparo, ya que éste no puede alterar el libre juego de instituciones vigentes. El solo hecho de plantear una acción de amparo mientras esté pendiente de resolución una cuestión en la vía administrativa, y no demostrándose cómo pudiera ser irreparable el daño que ya se irrogó (cuando existían medios para restablecerlo a través de una nueva posibilidad evaluatoria) y no se impugnó en esa oportunidad, es suficiente elemento que da pie para declarar infundada la demanda de amparo, porque una acción de amparo no puede sustraer la cuestión debatida del conocimiento por autoridad competente, cuando no está en juego un daño inminente que admita reposición a su estado de incolumidad

anterior, esto en el caso de la resolución diez guión GDA guión IPSS guión noventa. Además, la acción de amparo no puede cobijar pretensiones que requieran de una completa evaluación o difícil acreditación que le exigiría mayores elementos de juicio, incompatibles con el carácter brevísimo de su trámite previsto en la ley. Asimismo, y como lo dijimos al principio, la acción de amparo se reserva para situaciones graves en que peligra la salvaguarda de los derechos humanos o fundamentales, no pudiéndose utilizar cuando los argumentos expuestos para obviar la vía administrativa, que podría lograr las mismas consecuencias, sólo se fundamentan sobre conjeturas de un posible fracaso administrativo. Y administrando justicia a nombre de la nación. FALLO: Declarando INFUNDADA la demanda y su aplicación, interpuesta por A en contra del Instituto Peruano de Seguridad Social, representado por B, sobre acción de amparo. Y por esta mi sentencia, así la pronuncio, mando y firmo en la sala de mi despacho. Tómese razón y hágase saber. - - - - - - -

EXPEDIENTE NO. 02-95

ACCIÓN DE AMPARO

EXPEDIENTE No. : 02-95
DEMANDANTE : A y otros
DEMANDADO : Director Regional de Educación y Otros
MATERIA : Acción de Amparo

SENTENCIA[37]

Arequipa veintisiete de marzo de mil novecientos noventa y cinco.

VISTOS: La demanda interpuesta fojas treinta por "A", "B" y "C" en contra del Director Regional de Educación de Arequipa y del Procurador General de la República encargado de los asuntos del Ministerio de Educación, sobre acción de amparo, a fin de dejar sin efecto la Resolución Directoral número novecientos del veintinueve de setiembre de mil novecientos noventa y cuatro, que los declara como excedentes del Instituto "X" y se les deje en sus puestos en que vienen laborando. Fundamentan

37 El presente proyecto de sentencia fue aceptado por el Magistrado. Este es un pálido y antológico reflejo de todos aquellos proyectos que gozaron de materialización definitiva.

su demanda en los siguientes hechos: Que son docentes del Instituto Superior "X" desempeñándose en la siguiente forma: "A", nombrado como titular en la carrera profesional de mecánica de producción y nombrado como docente estable mediante resolución mil ciento setenta, de la Dirección Regional de Educación. "B" nombrada como titular en la carrera profesional de administración, como docente estable, mediante resolución novecientos sesenta de la Dirección Regional de Educación. "B" nombrada como titular en la carrera profesional de administración, como docente estable, mediante resolución novecientos sesenta de la Dirección Regional de Educación y "C" nombrado como docente estable en el departamento de Especialidades Técnicas mediante resolución novecientos sesenta y tres de la Dirección Regional de Ecuación. Que mediante Decreto Supremo cero cuarenta y uno guión noventa y tres del veintiséis de abril de mil novecientos noventa y cuatro se declara en emergencia y en reorganización administrativa a los Institutos y Escuelas Estatales de Educación Superior No Universitaria. Que ese dispositivo señala que el proceso se encuentra a cargo de una Comisión Central del Ministerio de Educación y de una Subcomisión Regional con sus respectivos integrantes. Que esta Subcomisión Regional de la Dirección Regional de Educación de Arequipa, estuvo presidida por el entonces Director Regional y los que debían integrar la misma no han sido nombrados, ni ha participado el especialista en

Educación Superior "S". Que son funciones básicas de la Comisión Central el conducir, orientar y supervisar el proceso de reorganización administrativa y que dichas acciones no se han cumplido al llevarse a cabo el proceso con indicios procesales en el seno de la institución en mención. El Decreto Supremo ciento setentitrés guión PCM guión noventa y tres del veintiocho de octubre de mil novecientos noventa y tres, ampliatorio del Derecho Supremo cero cuarenta y uno guión PCM guión noventa y tres, se señala que es necesaria la supervisión y evaluación del mencionado proceso por la Comisión Central del Ministerio de Educación, lo que no se ha producido en la ciudad de Arequipa. Que la Resolución Vice-Ministerial cero sesenta y cuatro guión noventa y cuatro guión ED delega a la Dirección Regional de Educación de Arequipa la función de emitir las resoluciones de desaprobación de cuadros estructurales y nominales de asignación de personal. Que mediante Resolución Directoral cuatrocientos veinte del dieciséis de mayo de mil novecientos noventa y cuatro se aprueba el cuadro de asignación de personal y el cuadro de asignación de méritos, resolución que se encuentra en plena vigencia. Sin embargo, la Dirección Regional de Educación de Arequipa, expide la Resolución Directoral novecientos, del veintinueve de setiembre de mil novecientos noventa y cuatro, en la que se les declara excedentes como consecuencia de la reorganización de los Institutos y Escuelas Estatales de Educación Superior No Universitaria a partir del

primero de agosto de mil novecientos noventa y cuatro, adoleciendo de la siguientes violaciones constitucionales: que se encuentra en vigencia la resolución cuatrocientos veinte, la que no se ha dejado sin efecto; que no se ha tenido en cuenta el cuadro de asignación de personal y el cuadro de asignación de méritos; que al declarárseles excedentes desde el mes de agosto de mil novecientos noventa y cuatro, vienen desempeñando la misma carga lectiva y sus propias actividades de docentes en el mismo Instituto. Que además existen errores en las resoluciones que disponen la aprobación del cuadro de asignación de personal y el exceso de docentes, en razón de que la base considerativa de las resoluciones directorales novecientos cuarenta y cuatro y novecientos, hacen mención al Decreto Supremo cero cero cuatro guión noventa y tres guión ED que se refiere a pensiones y tasas educativas. De otro lado los Decretos Supremos cero cuarenta y uno y ciento sesenta y tres, deberían efectuarse antes del mes de abril, fecha en la empiezan las labores escolares sin embargo las resoluciones novecientos cuarenta y cuatro y novecientos ya no se encontraban vigentes en las fechas de expedición de las mismas, por lo que resultan nulas *ipso jure*. Que los recurrentes cumplen con los requisitos exigidos por el Decreto Supremo cero cuarenta y uno, en el que se exige que el personal docente tenga como requisito mínimo: grado académico o título profesional universitario, con nota aprobatoria, fundamenta jurídicamente la demanda en los

artículos veintidós y veintiséis de la Constitución del Estado, en la ley veintitrés mil quinientos seis. Admitida a trámite mediante auto a fojas cuarenta, se corre traslado de la misma, la que a fojas treinta y cinco es contestada negándola en todos sus extremos, basándose en los siguientes hechos: Que en la Resolución Directoral novecientos, los accionantes no han perdido su trabajo porque sigue vigente su estabilidad laboral y que no se han violado derechos constitucionales. Que la reorganización ha sido realizada al amparo del Decreto Supremo extraordinario cero cuarenta y uno guión PCM guión noventa y tres, por lo que los actos derivados de este dispositivo no pueden ser inconstitucionales. Que el hecho de que un miembro de la subcomisión no haya cumplido su responsabilidad de participar, no invalida los efectos de la reorganización. Que ante la afirmación de los demandantes de que no se ha procedido en estricto orden de méritos, es falso por cuanto se ha realizado en cumplimiento al Decreto Supremo cero cuarenta y uno guión PCM guión noventa y tres y además los accionantes nunca presentaron denuncia alguna a inspectoría o reclamación administrativa. Que en cuanto a la Resolución Directoral cuatrocientos veinte del dieciocho de mayo de mil novecientos noventa y cuatro, es derogada por la Resolución Directoral novecientos cuarenta y cuatro del veintinueve de setiembre de mil novecientos noventa y cuatro. Que no se han agotado las vías previas, cuyo agotamiento no tornaría en irreparable la

agresión ya que no hubo ni amenaza ni agresión al derecho al trabajo o estabilidad laboral. Posteriormente el codemandado procede a absolver la demanda en sentido negativo, fundándose en los siguientes hechos: que el vínculo laboral no se ha extinguido, percibiendo sus remuneraciones en calidad de excedentes. Que la Resolución Directoral novecientos cuarenta y cuatro del veintinueve de setiembre de mil novecientos noventa y cuatro se expide facultada por la Resolución Vice-Ministerial cero sesenta y cuatro guión noventa y cuatro guión ED, la cual autoriza en su artículo primero a las Direcciones Regionales de Educación para que expidan los cuadros de asignación de personal, ordenando que el personal docente y administrativo excedente sea reasignado sin excepción. Estando el presente proceso en la oportunidad de emitirse sentencia, y CONSIDERANDO:[38] PRIMERO: Que los demandantes concretamente peticionan la ineficacia de la Resolución Directoral novecientos del veintinueve de setiembre de mil novecientos noventa y cuatro que los declara excedentes en el proceso de calificación y reorganización del Instituto "X", así como se les permita conservar sus puestos en los que se vienen desarrollando. Para ello plantean la acción de amparo que tiene una naturaleza tuitiva de derecho fundamentales que peligran antes situaciones extremas y delicadas, para lo cual se deben

38 La fundamentación doctrinal comparte una filosofía idéntica a la del proceso precedente.

satisfacer cuatro presupuestos insoslayables: a) arbitrariedad o ilegalidad manifiesta del acto lesivo, b) ineficacia de los procedimiento ordinarios, c) daño grave y concreto que el empleo de tales procedimientos podría acarrear, d) posibilidad de reparar ese daño sólo eventualmente a través de la vía urgente y expeditiva del amparo. SEGUNDO: Que en cuanto a la primera pauta: arbitrariedad de la norma en mención, considerando además que el amparo no procede en contra de normas legales emanadas de procedimiento regular, conforme lo establece el inciso dos del artículo doscientos de la Constitución Política del Estado, sin embargo debemos contemplar el texto del artículo tercero de la ley de Hábeas Corpus y Amparo que explica la procedencia del amparo ante violaciones basadas en normas incompatibles con la Constitución, pese a existir resoluciones administrativas efectuadas en el ejercicio regular de las funciones como lo prescribe el inciso cuarto del artículo seis de la Ley veintitrés mil quinientos seis de la Ley veintitrés mil quinientos seis. De otro lado a fojas cuatro se nombra interinamente al co-demandante "A" en el cargo de docente estable, mediante Resolución Directoral mil ciento setenta del doce de julio de mil novecientos noventa; asimismo a fojas cinco a seis vuelta, aparece la Resolución Directoral novecientos sesenta y tres en el que nombra con el carácter de titular a partir del primero de marzo de mil novecientos ochenta y cinco a los co-demandantes B y C, ambos como docentes estables. Luego a

fojas doce aparece la Resolución Directoral cuatrocientos veinte del dieciséis de mayo de mil novecientos noventa y cuatro en que se resuelve aprobar el cuadro de asignación de personal del Instituto Superior "X", así como reasignar al personal excedente. Esta Resolución, como ella misma lo expresa, tiene como parte basamental la documentación adjunta en que, a fojas diecinueve y veinte, se les incluye en la nómina de personal calificado y por lo tanto no excedente. Podemos advertir una ostensible irregularidad en el sentido de que a los co-demandantes "B y C" se los reputa en la condición de interinos, cuando en realidad son titulares, según análisis antelado. Esta resolución es emitida por la Dirección Regional de Educación de Arequipa, en atención a las facultades conferidas por Resolución Vice-Ministerial número cero sesenta y cuatro guión noventa y cuatro del veintidós de abril de mil novecientos noventa y cuatro obrante a fojas siete y su acompañado a fojas ocho, ya que el Decreto Supremo cero cuarenta y uno guión PCM guión noventa y tres que declara en emergencia y reorganización administrativo a los institutos y escuelas estatales de Educación Superior No Universitaria, en su acápite cuatro punto cinco, establece al Director Regional de Educación como Presidente de la Subcomisión Regional de Reorganización Administrativa. Que a fojas veinticuatro y veinticinco aparece una queja dirigida al Director Regional de Educación de Arequipa con motivo de irregularidades en el proceso de reorganización que data del

veintiocho de setiembre de mil novecienttos noventa y cuatro y suscrita por el especialista educativo "S", el mismo que es miembro de la Subcomisión Regional, nombrado el veintitrés de mayo de mil novecientos veinticuatro, como es de verse en la Resolución Directoral cuatrocientos cincuenta y seis que obra a fojas veintitrés. La Resolución Directoral novecientos cuarenta y cuatro del veintinueve de setiembre de mil novecientos noventa y cuatro, coetáneo de la Resolución Directoral novecientos, obrante a fojas veintiséis, resuelve aprobar otro cuadro de asignación de personal a partir del primero de agosto de mil novecientos noventa y cuatro y reasignar el personal excedente. Lo curioso es que trabajadores que con la anterior Resolución Directoral cuatrocientos veinte del dieciséis de mayo de mil novecientos noventa y cuatro no eran excedentes, ahora sí lo son con la Resolución Directoral novecientos cuarenta y cuatro y novecientos. Vale decir que existe una manifiesta transgresión al derecho humano del trabajo que proporciona fundamento suficiente a una causa judiciable. No se puede argumentar el principio "*Lex posteriori derogat priori*", recogido por el artículo ciento tres de la Constitución Política del Estado y por el artículo primero del Título Preliminar del Código Civil, por cuanto estas resoluciones directorales son actos jurídicos administrativos que tiene como andamiaje una relación laboral que es bilateral la que requiere seguridad en el trabajo. El *Jus Variandi*, o protestad atribuida al empleador para modificar las condiciones de la

prestación del trabajo, aun reconocida por Decreto Supremo, no implica tener una visión hipertrofiada del poder de dirección que desnaturaliza la relación contractual laboral cuando se varían las condiciones del empleo a discreción y sin considerar que el trabajo no puede estar sujeto a constantes resoluciones que, sin observar ningún criterio técnico, organizativo o productivo, atropellen seguridades emanadas de resoluciones anteriores. El derecho de trabajar involucra múltiples factores que son amparables por esta acción constitucional en vista de que aparece de modo claro y manifiesta la ilegitimidad, arbitrariedad e inconstitucionalidad de la restricción violatoria a un derecho esencial de la persona. Además, es necesario observar que, si se negase el carácter ilegítimo de las segundas resoluciones: novecientos cuarenta y cuatro y novecientos, y por ende colegir que derogan a la anterior, estas segundas resoluciones expresan que regirán a partir del primero de agosto de mil novecientos noventa y cuatro, fecha posterior a la emisión de la Resolución Directoral cuatrocientos veintisiete del dieciséis de mayo de mil novecientos noventa y cuatro, lo que significa que no la estarían derogando, simplemente respetarían su vigencia sin menoscabo de la vigencia de estas últimas. Sin embargo, existe arbitrariedad transparente cuando la segunda resolución cobija, en el cuadro de méritos, a personal que en la primera resolución tenía un nivel inferior al de los demandantes, no explicándose tampoco la no observancia del mismo criterio

para los recurrentes. TERCERO: En lo que respecta al segundo factor: la ineficacia de los procedimientos ordinarios, está demostrado con el escrito de contestación de la demanda, en que se manifiesta la incolumidad y vigencia de las resoluciones novecientos cuarenta y cuatro y novecientos del veintinueve de setiembre de mil novecientos noventa y cuatro, según aparece a fojas cuarenta y siete, en que se aprecia el criterio del demandado de seguir avalando esa actitud que habría conservado en un proceso administrativo que hiciera irreparable la agresión en virtud del artículo veintiocho, inciso dos de la Ley veintitrés mil quinientos seis. CUARTO: Que el tercer requisito: el daño grave y concreto que el empleo de tales procedimientos podría acarrear, está acreditado en vista del considerando anterior y en atención a que aun existiendo vía procesal ordinaria, la remisión de la cuestión justiciable podría acarrear daño irreparable, sobre todo considerando que los demandados expresan que las argumentaciones de los demandantes sobre presuntas violaciones constitucionales son simples observaciones subjetivas, como aparece a fojas cuarenta y siete. QUINTO: Que el último elemento: la posibilidad de reparar ese daño sólo eventualmente a través de la vía urgente y expedita del amparo, debe considerarse con atención. Si bien es cierto que la acción de amparo no procede contra normas en ejercicio regular de funciones administrativas, es también realidad que el amparo procede ante actos violatorios contenidos en normas que sean incompatibles con la Constitución, como lo dispone el artículo

tercero de la ley veintitrés mil quinientos seis; y aunque en el caso *sub litis* la norma puede estar con arreglo a la Constitución y por ende no revestir arbitrariedad y conservar su validez, tal característica arbitraria aparece en el acto particular que la interpreta y aplica en perjuicio de los accionantes, es decir, que si se entiende que no existe invalidez en las normas posteriores: Resoluciones Directorales novecientos cuarenta y cuatro y novecientos, sí habría arbitrariedad en los efectos de tales resoluciones al considerar excedentes a quienes antes no lo eran, y colocarlos en la posición de interinos cuando eran titulares. Así mismo no ha sido resuelto con suma claridad las irregularidades que aluden los demandantes, observándose por ende una posición parcial y superficial de estos. Eventos al observar los actuados de fojas veinticuatro y veinticinco, setenta a ochenta y dos que obra en autos. Por estos fundamentos y administrando justicia a nombre de la nación FALLO: Declarando FUNDADA la Acción de Amparo interpuesta por A,B,C, en contra del Director Regional de Educación de Arequipa, del Procurador General de la República encargado de INAPLICABLES las Resoluciones Directorales novecientos y novecientos cuarenta y cuatro, ambas del veintinueve de setiembre de mil novecientos noventa y cuatro, y SE DISPONE: que los demandantes A, B y C continúen laborando en su calidad de docentes estables en el Instituto "X". Por esta mi sentencia, así la pronuncio, mando y firmo en la sala de mi despacho. Tómese razón y hágase saber.

EXPEDIENTE NO. 03-95

COBRO DE DAÑOS Y PERJUICIOS

EXPEDIENTE No	:	03- 95
DEMANDANTE	:	A
DEMANDADO	:	Banco
MATERIA	:	Cobro de daños y perjuicios

SENTENCIA[39]

Arequipa, veinticinco de marzo de mil novecientos noventa y cinco

VISTOS: A fojas diecisiete, "A" interpone demanda de cobro de daños y perjuicios en contra del Banco, representado por su Gerente, para que le pague la cantidad de treinta mil dólares americanos en calidad de resarcimiento de los daños ocasionados a su persona. Ampara su demanda en los siguientes hechos: que ingresó a laborar al Banco el dieciséis de mayo de mil novecientos noventa como empleado de la sucursal de Arequipa, habiendo adquirido estabilidad por trabajar más de tres meses, habiéndola

39 Este esbozo jurisprudencial también fue aceptado por la sindéresis tribunalicia del juez: es uno de los muchos que gozaron de esta permeable receptividad.

perdido por culpa del demandado. Que el veintitrés de diciembre de mil novecientos noventa y dos, el Banco formula denuncia penal en su contra, amparándose en una llamada telefónica en la que se hacía referencia de un supuesto hurto de diez mil nuevos soles; luego aparecen siete mil nuevos soles, de modo que dicho hurto fue tan sólo de tres mil nuevos soles. Que el demandante es sometido a investigación conjuntamente con siete trabajadores. Posteriormente se abrió instrucción ante el octavo Juzgado Especializado en lo Penal. Como consecuencia de la denuncia es obligado a renunciar a su trabajo, mediante carta redactada por el propio Banco, que la firmó. Posteriormente le entregan un Certificado de Trabajo mediante carta notarial. Que actualmente se encuentra desocupado y ha visto frustrado un viaje a Japón. Además, no se le pagó los seis sueldos que deberían entregarle por despido intempestivo al no haber cometido fala grave. Ante los requerimientos del demandante para que el Banco le indemnice por los daños irrogados, le responden que todavía pueden encontrar responsabilidad en su persona. Y que este proceso le genera perjuicios porque no puede encontrar trabajo dentro o fuera del país. Fundamente jurídicamente su demanda en el artículo mil novecientos sesenta y nueve del Código Civil. A fojas veinticuatro se emite auto admisorio y se corre traslado de la demanda, notificándose de acuerdo a ley. A fojas cuarenta y cinco se absuelve el traslado negándola en todas sus partes, al amparo de lo siguiente: con fecha veintitrés de

diciembre de mil novecientos noventa y dos, el representante del Banco denuncia entre los días veintiuno de diciembre de mil novecientos noventa y dos, la sustracción de la bóveda del Banco la suma de diez mil soles por parte de un personal de la misma agencia, dinero que según una llamada telefónica aún no había sido retirado. Luego de investigaciones realizadas por la policía, debido a las contradicciones existentes, no se descartó la posibilidad de que un grupo de personas, entre ellas el demandante, tuvieran participación en la sustracción del dinero en agravio del Banco. Posteriormente se procede a formular denuncia ante el Octavo Juzgado Especializado en lo Penal, en el que se determina la existencia del delito denunciado mas no se individualiza al presento o presuntos autores, expidiéndose el veintitrés resolución que ordena archivo provisional del proceso. Al momento de interponer la denuncia ante la policía, no se hace referencia o imputación de la comisión del delito en forma individualizada. Cuatro meses después de la denuncia, el cuatro de marzo de mil novecientos noventa y tres el demandante en forma voluntaria renuncia a su puesto de trabajo. Luego el veintinueve de junio del mismo año, solicita un certificado de trabajo, manifestando su conformidad con la renuncia. Es falso que se le haya obligado a renunciar o que haya sido cesado. El hecho que el demandante no pueda conseguir trabajo no es culpa del Banco, ya que el actor fue comprendido en la investigación por considera la policía que existía la posibilidad

de que el demandante tuviera participación de la sustracción del dinero, posibilidad que no fue propuesta ni insinuada por el banco, sino que fue resultado de la investigación policial. Fundamenta jurídicamente la contestación en los artículos mil novecientos setenta y uno y mil novecientos ochenta y dos del Código Civil. Admitida a trámite se corre traslado y se notifica de acuerdo a ley. A fojas cincuenta y nueve se emite el auto de saneamiento procesal. A fojas ochenta y dos corre la audiencia de conciliación, la misma que continúa a fojas ochenta y siete, fijándose los puntos controvertidos siguientes: si existió daños o perjuicios causados por la parte demandada, al demandantes; de existir daño, la extinción del mismo interpretada en suma de dinero; si la denuncia que hace la parte demandada, el Banco, lo hace en el ejercicio regular del derecho y con motivos razonables o lo hace para causar daño al demandante; renuncia de "A" en su calidad de empleado de Banco, que fue voluntaria o no. A fojas noventa y ocho se realiza la audiencia de Pruebas; siendo el estado del presente proceso el de expedir sentencia, y **CONSIDERANDO**: **Primero**: Que el sistema de responsabilidad civil en el caso sub-litis, es el extracontractual, sin soslayar que entre demandante y demandado existió una relación jurídico laboral: hecho que constituye el marco de los presuntos daños y perjuicios demandados. En efecto, la denuncia penal se incoa el veintitrés de diciembre de mil novecientos noventa y dos, fecha anterior a la renuncia del demandante, ocurrida el cuatro de

marzo de mil novecientos noventa y tres, en plena vigencia de la relación laboral citada. **Segundo**: Que en un sistema de responsabilidad civil extra-contractual, deben satisfacerse cuatro presupuestos elementales: En primer lugar, atisbamos la antijuridicidad; no sea ha probado tal extremo, así lo demuestra el atestado policial de fojas veintiocho denotativo de una denuncia en la que se afirma "que no se descarta la responsabilidad por parte de varias personas". En el régimen extracontractual se insinúa la idea de que ante una denuncia que carece de motivos razonables daría origen a una indemnización de responsabilidad por denuncia calumniosa según el substantivo, concordante con el artículo ciento treintiuno del Código Penal. Sin embargo, en el séquito del proceso no se ha demostrado que la demandada haya promovido una acción penal para irrogarle daño directo o indirecto al actor. **Tercero**: Con respecto al segundo factor que configura la responsabilidad, esto es el daño, el demandante manifiesta que éste consiste expresamente en la imposibilidad de adquirir nuevo empleo, así como la frustrada ocasión de viajar al extranjero para desempeñar una actividad altamente lucrativa. No obstante, este punto no ha sido probado, ya que la única garantía del supuesto viaje es la palabra del demandante, la que no se refrenda con ningún instrumento fehaciente que demuestre su intención. En tercer lugar, el otro factor o elemento que nos puede brindar más luces es la relación causal o nexo causal que debe existir entre el hecho generador y el

daño producido. Nuestro sistema se inclina por la teoría de la causalidad adecuada, mediante la cual se entiende que un resultado es fruto de un hecho generador, vale decir, que la causa, según esta teoría y según el artículo mil novecientos ochenta y cinco del Código Civil, puede ser directa, inmediata, indirecta o mediata; en que tendríamos que discriminar entre daño patrimonial con su equivalente en dinero, al descansar la indemnización sobre el daño emergente o el lucro cesante; del año moral o sufrimiento, pena o dolor de afección; y del daño extrapatrimonial o lesión a la persona *per se*, donde el bien lesionado (frustración de su proyecto vital-laboral a consecuencia de una presunta denuncia descalificadora de sus valores espirituales) sea inmaterial y negativamente menoscabadora de su plan de existencia, generando la necesidad de una reparación que atenúe susodicha conmoción replanteadora de un diferente modelo vital del recurrente. De modo que el nexo causal se tendería y esto correspondería acreditar al accionante: entre el disloque laboral y la denuncia penal, para que el demandado cumpla con demostrar su falta de dolo o culpa. En autos no se ha demostrado que a consecuencia del proceso penal incoado el demandante no consiga empleo. Máxime si se estudia con atención los documentos de fojas tres y cinco, en los que no sólo se archiva provisionalmente el proceso, sino que además se dispone anular cualquier tipo de antecedente penal, judicial, y policial, en virtud del artículo doscientos veintiuno acápite

segundo del Código de Procedimientos Penales aún en vigencia. Cuarto: En el punto anterior relativo al nexo causal, éste no sólo admite una causa directa e inmediata, sino también una indirecta o mediata, en el que podría encajar el daño extrapatrimonial irrogable al demandante en el sentido de no poder buscar empleo por causa del proceso penal anterior; sin embargo en este sistema extracontractual, pese a que el artículo mil novecientos sesenta y nueve invierte la carga de la prueba hacia el autor, imputándosele factores de responsabilidad subjetiva como el dolo y la culpa, la doctrina y el derecho judicial no admiten presumir el dolo (*fraus nunquam praesumitur*) que debe demostrarse siempre. O en todo caso se debe sustentar o acreditar la existencia del supuesto dañoso que permita enderezar la inversión del *onus probandi*. Asimismo, es necesario tener presente el artículo mil novecientos setenta y uno, inciso primero del Código Civil: que establece que no hay responsabilidad en el ejercicio regular de un derecho; de modo que no puede pensarse en la búsqueda de una causa por la que todo proceso que se archive provisionalmente y que ordene borrar cualquier antecedente penal, pueda generar a la persona problemas para conseguir trabajo o frustrar su proyecto vital, vale decir, no existe conexidad o logicidad. **Quinto**: El cuarto presupuesto, es el factor de responsabilidad subjetiva. Según la teoría de la gradación de la culpa, los grados de responsabilidad son el dolo y la culpa, los que responden ante la acreditación del

hecho dañoso que debe sustentarse para plantear la necesidad de una indemnización que repare el daño presumiblemente irrogado. En autos no se ha demostrado que el demandante haya renunciado a su empleo a instancias de vis absoluta o vis compulsiva, ya que a fojas treinta y seis-vuelta y treinta y siete, que corresponden a la instructiva, el demandante menciona, *ad pedem*: "que posteriormente renunció voluntariamente y que se les había abonado sus beneficios sociales" (probanza que responde al *actore incumbit probatio*). De otro lado, estos puntos, deberían haberse ventilado en su oportunidad en el fuero laboral y no en el civil por tratarse de hipotéticas causales de hostilidad en el trabajo. **Sexto**: Que pese a la inversión de la carga de la prueba de la falta de dolo o culpa, el actor no ha probado su presupuesto fáctico, por ende, según el principio *actore non probante, reus est absolvendus* de aplicación procesal, se concluye que en el presente caso no existe responsabilidad del demandado. Y administrando justicia a nombre de la nación, FALLO: Declarando **INFUNDADA** la demanda interpuesta por A, en contra del Banco Sucursal de Arequipa, sobre cobro de daños y perjuicios. Y por esta mi sentencia, así la pronuncio, mando y firmo en la sala de mi despacho. Tómese razón y hágase saber.
- - - - - - - - -

EXPEDIENTE NO. 04-95

DESALOJO POR PRECARIO

EXPEDIENTE No. : 04-95
DEMANDANTE : "A"
DEMANDADO : Asociación de Comerciantes
MATERIA : Desalojo Por Precario

SENTENCIA[40]

40 Este proyecto, así como otros análogos, fue amparado básica y medularmente por la majestad del a quo. Para iluminar el análisis es pertinente deslizar la observación en la siguiente reflexión de Cuadros Villena (1988); quien menciona *ad literam*:
En el segundo caso, cuando el título del poseedor perdió su eficacia por haberse extinguido sus efectos, se trata de quien entró como poseedor legítimo y se transforma en poseedor ilegítimo al haberse vencido el plazo o haberse cumplido la condición resolutoria. En este caso no puede haber buena fe. El poseedor precario por fenecimiento del título es necesariamente poseedor de mala fe, desde el momento en que se extinguió el título, pues sabe que Ha expirado su título y que está poseyendo indebidamente.
Es esa forma de posesión con abuso de confianza, cuando se ingresa a la posesión en mérito de un título válido y eficiente, que al fenecer obliga a la restitución y sin embargo no se cumple con devolver el bien. La prosecución de la posesión resulta ilícita y de mala fe. El poseedor es consciente de que carece de título para proseguir la posesión. Es el frecuente caso del arrendatario que sin embargo del vencimiento del plazo del contrato que fenece su título, continúa la posesión... Este artículo

Arequipa, cinco de julio de mil novecientos noventa y cinco VISTOS: A fojas diecisiete la demanda interpuesta por “A” en contra de la Asociación de Comerciantes, representada por su Presidente, sobre desalojo por la condición de precariedad, fundamentándose en los siguientes hechos: Que los causantes “H” y sus hermanos “J” y “K”, fueron copropietarios de la finca urbana conocida con el nombre de “Casa Rosada”; que por Decreto Supremo número once del diecinueve de febrero de mil novecientos sesenta y cuatro se expropió tal inmueble, encargándose a la Junta Nacional de vivienda para el procedimiento judicial respectivo, culminando con sentencia, conforme a la cual se otorgó la escritura pública de traslación de dominio de fecha ocho de junio de mil novecientos sesenta y seis; que los copropietarios “A”, “B” y “C” y los hermanos “X”, “Y”, “Z”, solicitaron en vía incidental la reversión de esa parte de terreno a su favor, que terminó por resolución que declaró fundada la demanda, confirmada por la Sala Civil de la Corte

---

911 hay que interpretarlo en relación con el artículo mil setecientos del Código civil, que estima que en el caso de continuar la posesión después del vencimiento del plazo de arrendamiento, no se crea un nuevo título posesorio, sino que se prolongan los efectos del primer título. En el código de 1984 ha desaparecido la tácita reconducción por la permanencia del arrendatario y el pago de la renta. Sin embargo, el título podrá quedar fenecido en cuanto el arrendador reclame la posesión. Procederá entonces la acción de desahucio... puesto que, al fenecer el título, la posesión legítima se ha transformado en posesión precaria, es decir, en posesión ilegítima (pp. 180 – 181).
Por allí también se encarrila nuestro áulico criterio.

Superior y sin nulidad de la Corte Suprema, recuperando por ende su propiedad. Fundamenta jurídicamente su pretensión en los artículos novecientos once del Código Civil y quinientos cuarenta y seis inciso cuarto del Código Procesal Civil. A fojas veinte se califica positivamente la demanda, mediante auto admisorio. A fojas noventa y uno el demandado procede a absolver la demanda, fundamentándose en los siguientes hechos: Que niega categóricamente la demanda por cuanto no le consta que los herederos de "H" y hermanos sean copropietarios del inmueble; que por el procedimiento de expropiación ya conocido, el seis de junio de mil novecientos sesenta y seis, el inmueble pasó a ser propiedad del Estado, el que, por intermedio de sus empresas públicas construyó obras de renovación; que el incidente de reversión seguido por el demandante se realizó dentro de un trámite ilegal en la época de corrupción de país, cuya resolución viene siendo materia de un proceso sobre nulidad; que la escritura pública presentada por el demandante es insuficiente al referirse a las manzanas y no al inmueble asignado con el numeral quinientos veintidós guión "C"; que los miembros de la asociación sí tienen títulos representados por los contrattos ceebrados con la Empresa Nacional de Edificaciones sobre arrendamiento. Fundamenta jurídicamente su absolución en los artículos ochenta, novecientos veintidós del Código Civil y doscientos ochenta y uno del Código Procesal civil. A fojas ciento siete, y dentro de la audiencia de ley, se declara saneado el proceso. Continúa la audiencia a fojas ciento quince y ciento

dieciocho, en que se fijan como puntos controvertidos: el estado precario de la asociación demandada y la dejación y entrega del bien materia de *litis* por parte de la demandada; y siendo éste el estado de emitir sentencia, y **CONSIDERANDO**: **Primero**: Que toda pretensión de desalojo por la causal de precariedad del sujeto pasivo, demanda la presencia concurrente de dos factores constitutivos, a saber: a).- Legitimidad activa del pretensionante, b).- Condición de precario de la defensa. **Segundo**: Que el primer requisito: legitimidad activa, se vería este extremo ampliamente satisfecho por cuanto la calidad de propietario del peticionante se acredita mediante el testimonio de escritura pública que obra a fojas tes hasta dieciséis-vuelta, en mérito a los numerales: quinientos ochenta y seis, primer parágrafo del Cuerpo Adjetivo. Descendiendo naturalmente la legitimidad del copropietario de ejercitar los derechos del *dóminus*: *usus*, *fructus y abusus*, a que se contraen los artículos novecientos veintitrés y novecientos setenta y nueve del Código substantivo. **Tercero**: Que en lo que atañe al segundo factor caracterizador: la condición de precariedad, podemos predicar la existencia de títulos de arrendamiento habilitantes del derecho de posesión, según se aprecia de fojas treinta y seis a cincuenta y siete; sin embargo, debemos considerar deliberativamente algunos aspectos conceptuales que enderecen nuestra decisión. **Cuarto**: Si bien es verdad que existen títulos habilitadores de la posesión, y por ende no habría precariedad, también es cierto que tales títulos tuvieron

trabazón con un anterior propietario (Empresa Nacional de Edificaciones), cuyos derechos no pueden seguir descendiendo de contratos en que el *dóminus* no posee ya facultad para dar en posesión bienes que no son propios sino ajenos, de modo que no podría existir ultractividad de contratos cuya vigencia debe su génesis a la presencia de sus elementos subjetivos: activo y pasivo. Tampoco podría predicarse la conversión de contratos de arrendamiento a plazo determinado (*certus quando*) a otro de duración indeterminada (figura distinta a la reconducción o relocatoria tácita: Materia del código derogado). Al fenecer susodicho contrato en el plazo *ad quem* de su vencimiento, el poseedor legítimo se convierte en ilegítimo cuando no efectúa la restitución del bien, deviniendo en precariedad; a despecho de aquellas interpretaciones que reputan la existencia de título en la continuación del arrendamiento que el locador pondría fin en cualquier momento solicitando al conductor la devolución del bien y la penalidad contractual o una prestación equivalente a la renta: todo ello para justificar la vigencia de un fenecido título. **Quinto**: No obstante lo anterior, si se insistiese por la vigencia de precipitados actos jurídicos bilaterales arrendaticios, debemos considerar que éstos son contratos *certus quando* (plazo determinado) con convención de locación *ad quem*, *ex diem*, de modo que el arribo al plazo convenido, pese a las cláusulas adicionales con fechas posteriores sobre prórroga del contrato a los recibos de pago presentados extemporáneamente, importaría una conclusión del contrato a los recibos de pago

presentados extemporáneamente, importaría una conclusión del contrato *ipso jure* (de puro derecho), en mérito al artículo mil seiscientos noventa y nueve del Código Substantivo. **Sexto**: Sin perjuicio de la validez de nuestros pensamientos suprecitados, es menester considera la hipotética, pero no por ello irreal, probabilidad de interpretar que la condición de precario no existe, debido a la presencia de títulos de pagos que, pese a ser extemporáneamente incorporados al *ínterin* de la causa, podrían generar sospechas amparables. De ahí que sea necesario aclarar que cuando el Código Civil se refiere en su numeral novecientos once a la tipificación de precariedad en mérito a la ausencia de título (que ya se ha demostrado) o al fenecimiento del mismo (criterio también desbrozado), no se está aludiendo a la existencia de cualquier título o a la continuidad del pago de pensión (según el artículo novecientos setenta *in fine* del derogado Código Adjetivo), sino a la falta de derecho y no simplemente a la falta de título. De modo que el derecho a posesión de los demandados no ha sido acreditado, antes al contrario, no es atacable su condición de precariedad. Y por estos fundamentos, y administrando justicia a nombre de la nación, FALLO: Declarando **FUNDADA** la demanda interpuesta por "A" en contra de la Asociación de Comerciantes, representada por su presidente, sobre desalojo por la condición de precariedad. Y por ésta mi sentencia, así la pronuncio, mando, ordeno, dispongo y firmo en la sala de mi despacho en audiencia pública. Tómese razón y hágase saber.

EXPEDIENTE NO. 05-95

COBRO DE ALQUILER Y PENALIDAD CONTRACTUAL

EXPEDIENTE No. : 05-95
DEMANDANTE : "A"
DEMANDADO : "B"
MATERIA : Cobro de alquiler y penalidad contractual

SENTENCIA[41]

Arequipa, once de mayo de Mil novecientos noventa y cinco

VISTOS: A fojas ocho, la demanda de cobro de alquileres y penalidad contractual, interpuesta por "A" en representación de "X" en contra de "B", fundamentándose en los siguientes hechos: Que el veintitrés de setiembre de mil novecientos noventa y dos, el representante del demandante celebró un contrato de arrendamiento con la demandada, con relación al local comercial ubicado en Calle Camaná número trescientos, que consta de una planta baja de aproximadamente ciento treinta metros cuadrados y mezanine de noventa y dos metros cuadrados

41 El presente proyecto, como los anteriores, fue receptado también dentro de la cobertura sentencial.

aproximadamente y con sus respectivos servicios. Que en la cuarta cláusula se pactó la merced conductiva ascendente a quinientos dólares americanos mensuales, los que pagarían por mes adelantado entre los días veintisiete y veintiocho de cada mes. Que la demanda no ha cumplido con el pago de la merced conductiva o alquileres correspondientes a los periodos de marzo, abril, mayo y junio (hasta el veintidós de julio) de mil novecientos noventa y cuatro, que hacen un total de cuatro mensualidades vencidas equivalentes a un valor de dos mil dólares americanos hasta la fecha de interposición de la demanda. Que en la cláusula décimo primera se establece que, en caso de incumplimiento de la arrendataria con desocupar y devolver el inmueble al vencimiento del contrato, al margen de la merced conductiva que debe seguir abonando, pagaría una penalidad mensual equivalente al ciento por ciento de la merced conductiva pacta, es decir quinientos dólares por cada mes o fracción de mes que continuase ocupando el bien. Que el contrato se venció el veintidós de setiembre de mil novecientos noventa y tres, sin haber sido renovado o ampliado, habiendo transcurrido hasta la fecha de interposición de la presente demanda diez meses, que a razón de quinientos dólares americanos suman un total de cinco mil dólares americanos. Que el siete de diciembre de mil novecientos noventa y tres, se le envió una carta notarial requiriéndola para la devolución y entrega de bien, así como el pago de los alquileres y penalidad

respectivas, sin obtenerse resultado positivo. Fundamenta jurídicamente su demanda en los artículos catorce y veinticuatro, inciso cuarto del Código Procesal Civil, así como los artículos mil trescientos cincuenta y uno y mil trescientos sesenta y uno del Código Civil, y los artículos mil trescientos cincuenta y uno y mil trescientos sesenta y uno del Código Civil, y los artículos mil trescientos cuarenta y uno y siguientes, y mil seiscientos ochenta y uno inciso segundo del Código Civil, también. Admitida a trámite mediante auto admisorio que corre a fojas catorce, se corre traslado de la demanda, la misma que no es absuelta, por lo que se declara rebelde a la demanda a fojas veintidós. La diligencia de saneamiento y conciliación se lleva a cabo a fojas veintinueve, en que se declara saneado el proceso y se fijan como puntos controvertidos los siguientes: primero: los meses que adeuda en calidad de merced conductiva la demandada; segundo: motivos o razones para el incumplimiento del pago de la merced conductiva; tercero: ejecución y aplicación de la cláusula penal. A fojas sesenta y cuatro tiene efecto la audiencia de pruebas, en que la demandada sale a proceso e interviene en la misma mediante declaración de parte; y estando la causa expedita para ser sentenciada, y **CONSIDERANDO**: **Primero**: Que en cuanto al primer extremo de la demanda: el cobro de alquileres, exige la necesidad de satisfacer tres premisas neurálgicas: a).- el vencimiento del contrato, b).- no exigibilidad de aviso previo, c).- impago de la merced conductiva. **Segundo**:

Que la locación de cosa (*locatio conductio rerum*) constituye un *jus ad rem*; y no un *jus in re* como el usufructo, por lo que, dentro del primer requisito *ut supra*, el tiempo inviste una concernencia de vital importancia sobre todo cuando, según corre a fojas tres a cinco, los agentes convinieron en un plazo determinado (*certus quando*), extremo corroborado por el locatario o conductor cuando en su declaración de parte, fojas sesenta y cinco, reconoce su recognoscibilidad de la fecha de vencimiento (*diez ad quem o ex diem*), llegando, por eso, a cesar el derecho de posesión inmediata al fenecimiento del plazo, malgrado la apreciación unilateral de la arrendataria, que consta a fojas sesenta y cinco, de su voluntad de perennizar la relación locativa sin eco positivo del locador. De modo que la fijación cronológica importa un vencimiento que no ha podido ser alterado. **Tercero**: El segundo requisito, conlleva una relevancia compaginada con los alcances del contrato de locación de cosa de duración determinada, en cuyo caso la conclusión del arrendamiento acaece de pleno derecho (*ipso iure*) al vencimiento del mismo, sin ser necesario el aviso previo, como lo dispone el artículo mil seiscientos noventa y nueve del código sustantivo. Mas, no obstante ello, el arrendatario conmina, mediante aviso notarial a fojas siete, al conductor: la desocupación y el cumplimiento de sus obligaciones pecuniarias. Esta diligencia también es importante para descartar la posibilidad de una relocación tácita, pese a que el nuevo ordenamiento sustantivo no le brinda

cobijo en su artículo número mil setecientos, y también para invalidar presunciones de continuación de arrendamiento en el marco de las estipulaciones previas. Sin embargo, tal aviso brinda abastecimiento probatorio desde la perspectiva constitucional de la doctrina que no impide hacer lo no prohibido, en virtud del parágrafo "a" del inciso veinticuatro del artículo dos de la Ley de Leyes del Perú. Por todo ello, el aviso resulta innecesario dada la expiración de la relación contractual conmutativa frente a la presencia del plazo resolutorio explícitamente convenido. **Cuarto**: En lo atinente al impago de la merced conductiva debemos considerar que las piezas probatorias introducidas en el proceso de autos a fojas cuarenta y ocho a cincuenta y nueve, no abonan en favor de la demandada para contribuir a su tesis de que sus obligaciones con el locador las ha satisfecho. De ello desciende que ha incumplido las mercedes conductivas correspondientes a los meses posteriores a marzo de mil novecientos noventa y cuatro (a partir del veintitres de marzo de tal año). Vale decir que dentro de la naturaleza del contrato de locación-conducción de bien inmueble, aparece inmediata y paladinamente una vinculación jurídica que apunta a su onerosidad y bilateralidad: de modo que el tracto sucesivo se disloca mediante el impago de la renta por parte del conductor que tiene la posesión de la cosa para su uso y disfrute. Esta obligación tipificante del contrato por parte del agente recepticio del bien, se ha visto quebrantada, en virtud del

artículo mil seiscientos ochenta y uno incisos dos y diez, y artículo mil seiscientos noventa y siete inciso quinto del Código Civil. Y como hasta este momento han vencido nuevos plazos, y en atención a la reserva que el demandante impregna en su escrito de fojas trece, procede ampliar la cuantía de lo peticionado hasta el momento de su ejecución, en virtud del artículo cuatrocientos veintiocho del Código Procesal Civil. **Quinto**: Que en cuanto al segundo extremo de la demanda: la cláusula penal moratoria; es menester recordar que ésta se comporta como una sanción puesta por los agentes contractuales para aquella parte que incumpla lo estipulado, naturalmente aceptada por la contraparte cuyo propósito es el de resarcir los daños irrogados. De modo que débense manifestar inconcusamente una trinidad caracterizadora: primero: estipulación; segundo: inejecución total, parcial o irregular con causas imputables al deudor; tercero: intrascendencia de la probanza. **Sexto**: Que el requisito contractual de la estipulación previa, queda satisfecho a tenor del contrato de fojas cuatro, con el conocimiento expreso de la demandada según consta en su declaración que corre a fojas sesenta y cinco. Por lo tanto, la conductora poseía una ínsita convicción de su obligación accesoria manifestada y aceptada en el prístino contrato aludido, según el artículo mil trescientos cuarenta y uno del cuerpo sustantivo. **Séptimo**: Que el segundo elemento: el incumplimiento de la obligación, huelga pronunciarse al respecto dadas las

consideraciones precedentes. Lo único que queda por acotar es la perfecta compaginación de peticionar el cumplimiento de la obligación principal en acumulación objetiva originaria necesaria con la cláusula penal moratoria, según lo habilitan los artículos mil setecientos cuatro, susceptible de acumulación con el artículo mil trescientos cuarenta y uno del Código sustantivo. **Octavo**: Que, en cuanto a la intrascendencia de la probanza, ello queda insumido en el alcance de la finalidad de la cláusula moratoria, cual es la de resarcir el daño (ante una injustificada inejecución de su obligación), que dado el carácter confeccional de la disposición punitiva contractual, la eficacia de tal medida posee vida independiente a la efectivad y prueba del daño, ya que las causas son imputables al conductor (según fojas sesenta y cinco); en que, pese a que no se ha insistido en el valor probatorio de la conducta de la demandada en función a si apunta al dolo o culpa inexcusable, cuyos límites son borrosos, o a la culpa leve (presumible en el sistema de responsabilidad contractual) no perjudica la adjudicación de la inejecución de la prestación debida por parte de la arrendataria, en la medida del artículo mil trescientos cuarenta y uno del Código Civil. **Noveno**: Que, pese a que el instrumento notarial invoca la dejación del bien, según fojas siete, este extremo no ha sido demandado. Por lo que, en atención al principio de congruencia procesal que precisa la necesidad de pronunciamiento jurisdiccional sólo en la medida de lo peticionado, no correspondería amparar tal

extremo, so pena de incurrir en sentencia "*ultra petita*". Y por estos fundamentos, y administrando justicia a nombre de la nación. **FALLO**: Declarando FUNDADA la demanda de cobro de alquileres y penalidad contractual, interpuesta por A, en representación de X, en contra de B. Y por ende SE DISPONE que se pague lo adeudado, con expresa actualización de cuantías para los alquileres, desde el mes de marzo (veintitrés) de mil novecientos noventa y cuatro en adelante; y para las penalidades, a partir del veintitrés de setiembre de mil novecientos noventa y tres en adelante; aclarando que tanto para los alquileres como para la penalidad corresponde el monto mensual de quinientos dólares americanos. Y por esta mi sentencia, así la pronuncio, mando y firmo en la sala de mi despacho. Tómese razón y hágase saber. – – – – – – – –

EXPEDIENTE NO. 06-95

DESALOJO POR PRECARIO

EXPEDIENTE No. : 06-95
DEMANDANDTE : "A"
DEMANDADO : "B" y otros
MATERIA : Desalojo por precario

SENTENCIA[42]

Arequipa, veintidós de mayo de Mil novecientos noventa y cinco.-

VISTOS: La demanda interpuesta a fojas diez por "A", sobre desalojo por precario en contra de B, C, D, y E, por los siguientes fundamentos de hecho: Que los demandados vienen conduciendo el bien inmueble, ante la concesión que hizo el demandante al momento de la compra-venta del bien, por el lapso de dos meses a partir del ventiocho de enero de mil novecientos noventa y cuatro hasta el veintiocho de marzo de mil novecientos noventa y cuatro. Que el recurrente ha comprado el bien de su propietario anterior "L" y su esposa "S", que cuando se ha apersonado para que le entreguen su propiedad ha sido atacado mediante

42 Proyecto también acogido por el tribuno de primera instancia.

improperios, insultos y amenazas. Que no ha existido un contrato escrito sino verbal. Fundamenta jurídicamente su demanda en el inciso cuarto del artículo quinientos cuarenta y seis y tercera parte del artículo quinientos cuarenta y siete del Código Procesal Civil, así como artículos quinientos ochenta y cinco, quinientos ochenta y seis y quinientos noventa y uno del mismo cuerpo legal y artículo mil setecientos veintiocho del Código Civil. Admitida a trámite mediante autor de fojas trece; se procede a absolver a la demanda por parte de "E", negándola en todos sus extremos y fundamentándose en que no es ocupante precaria por cuanto el único dueño del bien es su padre "L" y lo que ha ocurrido es que su padre convino en suscribir una escritura pública de compra venta con el actor para que éste pudiera vender el bien a un tercero y con el producto de dicha transacción hacerse pago de una deuda que la tenía su padre con el cargo de devolverle el saldo emergente a la venta. Además se pactó en que el bien costaría seis mil dólares de los cuales se descontaría tres mil ciento veinticinco dólares destinados a pagar la deuda que su padre tenía con el demandante de éste devolvería dos mil ochocientos setenta y cinco dólares como saldo. Que no existe prueba de que el demandante les haya conferido dos meses para desocupar el bien, y que las construcciones son de su propiedad. Que, en virtud al documento privado antedicho, la demandada podría permanecer en la casa hasta que ésta sea vendida, supuesto que no se ha cumplido.

Además, deduce las excepciones de falta de legitimidad para obrar por parte del demandante, así como la excepción de representación insuficiente del demandante. Fundamenta jurídicamente su absolución en los artículos novecientos veintitrés del Código Civil así como el doscientos veintiuno del mismo cuerpo; artículo cuatrocientos cuarenta y seis incisos tres y seis del Código Procesal Civil, admitida a trámite a fojas veinticinco en que se declara rebeldes a "B", "C" y "D". A fojas treinta y nueve se lleva a cabo la audiencia de saneamiento, conciliación y pruebas la misma que se suspende por inconcurrencia de los demandados rebeldes y por acuerdo de los presentes. A fojas cuarenta y siete continúa la audiencia con el mismo resultado. A fojas cincuenta y nueve se apersona a proceso "B" fundamentándose en los siguientes hechos: Que recién ha tomado conocimiento que el demandante no es el propietario del bien *sub litis*, sino su suegro "L" quien les dio en enajenación dicho bien que llevan ocupándolo veintidós años. Que lo que ha ocurrido es que su suegro convino en suscribir una escritura pública de compra-venta del inmueble por un valor de seis mil dólares de los que se descontarán tres mil ciento veinticinco dólares destinados a pagar la deuda pendiente, con la devolución del saldo. Que la compra venta es simulada y ficticia y que el demandante no les ha brindado ningún plazo para la desocupación del inmueble que no le pertenece. Que jamás se le ha amenazado de muerte ni otros similares. Deduce

las excepciones de falta de legitimidad para obrar por parte del demandante y la de representación insuficiente del demandante. Fundamenta jurídicamente su absolución en los artículos doscientos veintinuno incisos uno, dos y tres, artículo novecientos veintitrés y novecientos veinticuatro del Código Civil, así como el artículo cuatrocientos cuarenta y seis incisos tres y seis del Código Procesal Civil a fojas setenta y siete y setenta y ocho se dispone la nulidad de ciertas piezas procesales teniéndose por no rebelde a "B" por sus propios fundamentos. A fojas ciento cinco se lleva a efecto la audiencia de ley; a fojas ciento siete se declara infundadas las excepciones propuestas; a folios ciento diecisiete, en audiencia única, se declara saneado el proceso, fracasando la conciliación se plantean como puntos controvertidos: a).- la calidad de propietario del demandante, b).- tiempo que los demandados vienen ocupando el bien, c).- condición de precarios de los demandados; la misma audiencia continúa a hojas ciento treinta y siete a ciento cuarenta; y siendo el estado de emitir sentencia y **CONSIDERRANDO**: **Primero**: Que una pretensión de desalojo por la condición de precariedad, debe involucrar la acreditación de dos supuestos concurrentes: a).- condición de propietario o legitimación activa, b).- calidad de precarios de los agentes pasivos. **Segundo**: El primer supuesto se ve satisfecho mediante el documento público obrante a fojas uno a tres. Que, pese a la manifiesta oposición de los co-demandados en virtud del contrato privado a fojas veinte, éste

contenía la condición suspensiva de la formalización de la enajenación del inmueble ante el incumplimiento de pago de deuda de fecha ya fenecida y anterior al documento escriturario. **Tercero**: Que la cláusula compromisoria, anida el contrato privado de fojas veinte, por el cual "E" estuviera habilitada a permanecer en el bien inmueble "hasta que éste sea vendido" (*ad literam*), ello supondría una condición "*ad perpetuam*" que atenta contra el derecho de propiedad que involucra el *usus*, *fructus y abusus*, de acuerdo al artículo novecientos veintitrés del Código Civil, por lo que la cláusula resolutoria aludida tiene la calidad de impropia y por ende se la considera no puesta, en virtud al artículo ciento setenta y uno del citado cuerpo substantivo. Pese que en el ínterin del proceso se declara al extromisión de los co-demandados "D" y "E" en el entendido de su manifiesto abandono del inmueble, tal como adiciona certeza la declaración de "D", de fojas ciento setenta y cuatro. Y teniendo a la vista el escrito de nulidad, de folios sesenta y ocho, por parte de "E" fundamentando que siempre estuvo poseyendo el inmueble *sub litis*, sin abandono alguno; no procedería amparar su petición de nulidad por cuanto las notificaciones se han efectuado legalmente como se aprecia *in itinere* del proceso, y además este escrito, sin perjuicio de su desestimación, reviste el carácter de dilatorio, incompatible con el propósito del proceso judicial, el cual es el de resolver el conflicto de intereses en aras a la paz social con justicia, evitando dilaciones o lentitudes

incompatibles con la celeridad procesal, de acuerdo a los artículos tercero y quinto del Título Preliminar del Código Procesal Civil, así como el inciso primero del artículo cincuenta del Código Adjetivo y artículo ciento ochenta y cuatro inciso doce de la Ley Orgánica del Poder Judicial. De otro lado, y en vista de la extromisión referida, folio ciento diecisiete, y para evitar maniobras dilatorias es oportuno reintegrar a los co-demandados "D" y "E" al proceso *sub litis*, en virtud del artículo noventincinco del cuerpo procesal civil, a los que necesariamente deben extenderse los efectos de esta sentencia. **Cuarto**: Que el segundo presupuesto referido a la calidad de precarios de los demandados, éste fluye de autos. No se ha acreditado que los demandados tengan título que les abastezca de derecho posesorio; a despecho de que el presunto contrato de comodato no ha sido probado por el demandante por el surco del artículo mil setecientos treinta del Código Civil, habilitante de algún derecho ad rem. Valorando las declaraciones de los demandados, de hojas ciento treinta y ocho y ciento cuarenta, así como el recibo extendido por "L", foja cuarenta y nueve, en virtud del cual se muestra satisfecho de la deuda pendiente con motivo de la compra-venta del inmueble *sub júdice*, el que fue objeto de contrato privado, fojas veinte; de la misma forma debe considerarse la carta notarial de fojas ciento sesenta y cinco por la que les reitera su pedido de desalojo extraudicial. Por ello procede *in integrum restitutio* (restitución en íntegro) del

inmueble en litigio cuyo estado se encuentra *in terminis*; y por estos fundamentos, y administrando justicia a nombre de la nación, **FALLO**: Disponiendo: la integración al proceso de los co-demandados "D" y "E" a los que deben extenderse las consecuencias de esta resolución. Declarando FUNDADA la demanda interpuesta por A en contra de B, C, D y E, sobre desalojo por precario. Y por esta mi sentencia, así la pronuncio, mando y firmo en la sala de mi despacho en audiencia pública. Tómese razón y hágase saber. - - - -

EXPEDIENTE NRO. 07-95

INTERDICTO DE RECOBRAR

EXPEDIENTE NRO: 07-95
DEMANDANTE : A y Otra
DEMANDADO : X y Otro
MATERIA : Interdicto de recobrar

SENTENCIA[43]

Arequipa, treinta de junio de Mil novencientos noventa y cinco

VISTOS: La demanda que corre a fojas cuarenta y cuatro, sobre interdicto de recobrar interpuesta por A y B en contra de X y Y, peticionando la reposición en su estado de posesión, indemnización de daños y perjuicios y pago de frutos civiles, fundamentándose en los siguientes hechos: Que las recurrentes son propietarias del departamento materia de la *litis*, adquirido mediante venta de H y L mediante escritura pública de fecha nueve de mayo de mil novecientos ochenta y siete; cuyo precio es cancelado mediante escritura pública del diecinueve

43 La sentencia original guarda coincidencia con este borrador, la que, como las precedentes, merecieron confirmación del *ad quem*.

de noviembre de mil novecientos ochenta, consintiendo las demandantes en que los vendedores continuaran ocupando el predio, en agradecimiento a que K fue su ama por muchos años desde su infancia; que el veinticuatro de marzo de mil novecientos ochenta y uno falleció H, quedando el inmueble y a su cargo L hasta el veintinueve de enero de mil novecientos noventa y cuatro en que fallece, fecha desde la que ha quedado en posesión directa, plena y pacífica del bien. Que en circunstancias que se ausentaron e la ciudad por motivos de viaje, y que el inmueble se encontraba desocupado ya que venía siendo pintado y refaccionado por el personal contratado por las accionantes, en fecha veintiséis de setiembre de mil novecientos noventa y cuatro, los demandados irrumpieron en el departamento con descerraje de puertas; de dicho suceso se levantó un acta ante notario público, pretendiendo además acreditar su derecho a dicha desposesión en una sentencia que declara a "X" como heredero de H y de L, con indebida traslación registral de dominio, aprovechando de que no se encontraba inscrita la transferencia a su favor, que la desposesión les ha causado daño moral por el desequilibrio emocional, dejando además de percibir los correspondientes frutos civiles equivalentes a la renta ascendente a doscientos cincuenta dólares mensuales. Fundamenta jurídicamente su petitorio en los artículos novecientos veintiuno y mil novecientos sesenta y nueve del Código Civil, así como los numerales seiscientos

tres y seiscientos cuatro del Código Procesal Civil. Calificada positivamente la demanda según auto de fojas cincuenta y cuatro, el co-demandado "X" absuelve el traslado de la demanda, a fojas ochenta y cinco, negándola en todos su términos por los siguientes fundamentos de hecho: Que sus causantes H y L son los primeros adjudicatarios del precio *sub-litis*, de Emadi-Perú, mediante contrato del diez de enero de mil novecientos setenta y cinco, en que desde esa fecha lo venían conduciendo hasta su muerte; que en julio de mil novecientos noventa y tres llegó de visita a ese domicilio "Y", oportunidad en que "L" le hace entrega de la posesión de una habitación para su uso individual, haciéndole entrega de un manojo de llaves de la casa, dejando a su regreso a la sierra, ciertos objetos personales. Que las demandantes tienen sus respectivos domicilios; que se encontraba en la sierra cuando fallece su hermana "L", y al venir sólo la encontró muerta, luego regresa a su tierra dejado cerrado el departamento; durante este tiempo el inmueble no era ocupado por nadie, no habiendo consumo ni de agua ni de luz cuando regresa a esta ciudad, y al no tener las llaves a la mano, descerrajan la puerta por lo que se levanta un acta notarial no encontrando a nadie en su interior. Fundamenta jurídicamente su absolución en los artículos: ochocientos noventa y seis y novecientos del Código Civil; y trescientos, trescientos uno, trescientos cinco, trescientos siete, doscientos veintinueve y cuatrocientos veinticuatro del Código Procesal

Civil. A fojas noventa y siete contesta la demanda "Y" de manera extemporánea por lo que a fojas ciento siete se lo declara rebelde. La audiencia de ley se realiza a fojas ciento doce, en la que se declara saneado el proceso fijándose los siguientes puntos controvertidos: a) determinar quién tenía la posesión al momento de producirse los hechos que se indican, b) los actos perturbatorios de la posesión, c) si hubo daños, su evaluación y perjuicios ocasionados por los actos perturbatorios de la posesión. La audiencia continúa en fechas diferentes, obrando a fojas ciento treinta y cuatro, ciento cuarenta y cinco, doscientos dos y doscientos diecinueve; y siendo la oportunidad de emitir sentencia, y **CONSIDERANDO**: **Primero**: Que la naturaleza jurídica del interdicto es la de constituir una manifestación del derecho a protección posesoria judicial no ordinaria, vale decir que es una acción real posesoria extraordinaria, en que a diferencia de las acciones reales reivindicatoria y de las posesorias ordinarias, el debate se enmarca en trámites sumamente cortos, en la que no se tutela el derecho a la posesión, ni se discute la legitimidad o ilegitimidad de la posesión ni tampoco el derecho a la propiedad o el mejor derecho a la posesión. Es decir que el interdicto es un proceso sumarísimo que escruta el hecho y no el derecho, la situación actual, material, momentánea de la posesión *per se*, de ahí que la resolución interdictal no revista el carácter definitivo y permanente de cosa juzgada, sino que conlleva una declaración interina. De donde se requiere satisfacer

dos elementos trascendentes: a).- Acreditar la condición de poseedor, b).- El hecho del despojo. **Segundo**: En cuanto al primer factor: la acreditación de la condición de poseedor de los accionantes, observamos que no abonan fuerza convictiva –para demostrar este hecho fáctico- los títulos de propiedad que se traslucen de las escrituras públicas de fojas tres y ocho, así como el contrato de fojas ochentinuno. El acto de la posesión no ha sido acreditado, a despecho y a pesar de que ciertos actos enderezados a restablecer la incolumidad del inmueble, como es el pintado de paredes, pueden arrojar ciertos indicios de la futura decisión de ocupar o habitar en tales aposentos, como se desprende del acta notarial de fojas diez. **Tercero**: En lo que respecta al segundo considerando conceptual: el hecho del despojo, ha quedado claro que, si las pretencionantes no tenían la posesión fáctica del inmueble, según se observa de sus declaraciones de fojas ciento cuarenta y siete y ciento cuarenta y ocho ya que una demandante declara *ad literam*: "Es cierto que nunca ha vivido en el predio *sub litis*", y la otra recurrente menciona *ad pedem*: "…Es verdad, que siempre ha vivido en el Bosque", entonces no hubiera podido haber despojo de algo que no se posee más que idealmente. **Cuarto**: Que de otro lado, en caso de haber existido un hipotético despojo, no se ha demostrado que éste hubiera obedecido a mandato contrario a la *bona fide* (buena fe) porque *fraus nunquam praesumitur* (la mala fe no se presume), a mérito de obrar de los demandados en

virtud a una resolución judicial habilitadora, fojas sesenta y tres, y respectiva inscripción registral, fojas sesenta y dos (ignorando la transferencia de dominio no inscrita), como el propio co-demandado rebelde lo acepta a fojas noventa y siete *infra*; lo que motivaría un amplio examen, sobre el derecho posesorio y no en la vía interdictal que tiene perspectiva restablecedora de emergencias jurídicas. **Quinto**: Que "*accesorium sequitur suum principale*", en cuanto a las pretensiones accesorias, éstas gozan de la misma suerte que la principal: *cum principales causa non consistit, nec ea quidem quae sequntur locum habent* (cuando no subsite lo principal, no puede subsistir lo accesorio). Y por estos fundamentos, y administrando justicia a nombre de la nación, **FALLO**: Declarando INFUNDADA la demanda sobre interdicto de recobrar entablada por "A" y "B" en contra de "X y "Y"; quedando subsistentes los derechos de las accionantes para hacer valer sus pretenciones en la vía pertinente y no en la interdictal. Y por esta mi sentencia, así la pronuncio, mando, ordeno, dispongo y firmo en la sala de mi despacho en audiencia pública. Tómese razón y hágase saber. -

EXPEDIENTE N° 08-95

DIVORCIO POR CAUSALES

EXPEDIENTE N° : 08-95
LA DEMANDANTE:A
EL DEMANDADO : B
MATERIA : Divorcio por causales

Introdrucción:

Este proyecto de resolución sentencial excepcionalmente no fue admitido, pese a que su interpretación campea dentro de los marcos del proceso textual y de las normas escritas adjetivas y substantivas. A criterio del juez, y ya revisando su resolución definitiva, guióse éste por la conducta de los justiciables fuera de los trebejos procesales de la causa en aras a pretender alcanzar una supuesta justicia con paz social. A este respecto no renunciamos al criterio esbozado por Ossorio en su libro "El Alma de la Toga" (1971), en que dice *ad pedem*:

> Todavía cunde y es invocado el viaje aforismo judicial lo que no está en los autos no está en el mundo... Porque la verdad es que en el mundo están las cosas aunque no se encuentren en los autos; y las realidades mundanas pesan más y tienen más importancia que

> las resultancias del diligenciado… Casi estoy por decir que no hay pleito que se falle estructuralmente por lo que en él aparezca… En un pleito conyugal, la esposa logra aportar pruebas favorables a su conducta; pero si el juez sabe, por ser de fama pública, que vive en el libertinaje, este dato guiará la conducta judicial. Un mismo hecho y unas mismas pruebas darán un resultado en un ambiente social, y otro absolutamente contrario en un ambiente distinto… Hay en todas las relaciones humanas una serie infinita de matices, gamas, sinuosidades, acentuaciones y modalidades que escapan a la prueba y, no obstante, se presentan firmes, vigorosas, ante los ojos del juzgador (pp. 161 y 95).

No erguimos objeción cuando existe la necesidad de dirigir la sindéresis jurídica a situaciones que, no sólo por exigencia legal como el numeral 337 del código Substantivo referido a violencia física o psicológica, injuria grave y conducta deshonrosa, obliguen al juzgador a considerar situaciones, matices y circunstancias que la misma causa exige (en el artículo citado se habla de educación, costumbres o conducta de ambos cónyuges). Pero un asunto es predicar la evaluación de los basamentos fácticos de un suceso cuyos alcances desbordan al mundo de los autos o descansan sobre una insinuada urdimbre,

y otra materia es esculpir la impronta de escapar del proceso en atención no de andamiajes, abastecedores sino de subjetivismos caliginosos. En esta *litis* el juzgador se escapó de los linderos del proceso textual y de las normas objetivas en consideración de "situaciones evidentes de violencia por parte del demandado insusceptibles de encarnarse en los textos de un litigio".

En todo caso, y siguiendo la línea teorética planteada por Ossorio, la conducta judicial requiriera ser guiada por esta circunstancia extraprocesal en un caso particularísimo y excepcionalísimo como éste, existe la necesidad de militar una implacable fidelidad a tal circunstancia, una objetividad (no sólo "*de auditu*" o "de visu") incontrastable que nos empuje a preferir tal circunstancia y no lo actuado.

Sin embargo, el *a quo*, no observó fidelidad en el análisis de tal matriz desde su criterio objetivo; se dejó arrastrar por una subjetividad que culminó en la revocatoria de su sentencia por parte del *ad quem*.

Ello nos da pie a firmar que el derecho ejerció su tiranía no por acción (aplicación mecánica de la norma) sino por omisión (al buscar la verdad histórica-real más allá de la verdad formal-procesal, amparándose en subjetivismos cercenadores). De otro lado, el ejercicio del juzgamiento es comparado con una frágil casita asentada en la copa de un árbol. Para hacer justicia a veces basta con quedarse dentro de la casita; en otros casos no se

debe olvidar los materiales como que está edificada, que pueden ser las circunstancias, situaciones que -como vimos- pueden aparecer o no en el texto litigioso pero que no desfiguran los autos sino que le impregnan de totalidad y de organicidad. Salirse de la casita puede ser provechoso cuando ni los materiales ni los actuados irrigan suficiente convicción para una decisión clara; pero conviene saber qué rama pisar, porque éstas son más frágiles que los elementos constitutivos de la casita. Pisar una rama endeble es apoyarse en subjetividades inexcusables.

En conclusión; un caso judicial puede resolverse dentro de los marcos de los autos; otras veces es necesario atender a circunstancias idiosincráticas que el mismo derecho propone: en casos excepcionalísimos (como los que expresa Ossorio) se puede salir del proceso (¡pero objetivamente!) en atención a una circunstancia que niegue lo actuado.

En particular, estas medidas doctrinario-teóricas requieren una conciencia delicada para su aplicación casuística. Nosotros no tuvimos, dentro de nuestro quehacer, oportunidad de atender a matices que estuvieran circulando al proceso, o de salir subjetivamente fuera de él; casos peligrosos en los que el derecho podría haber ejercido su tiranía por omisión. Vale decir que, dentro de nuestra dinámica, la justicia se hizo en casa, atendiendo a la realidad, buscando la verdad real y no

sólo la formal, pero en casa y sin salir de ella tentador por la permeabilidad de la subjetividad.

Con esta introducción, procedamos al estudio de la sentencia.

SENTENCIA

Arequipa, dieciséis de junio de Mil novecientos noventa y cinco.-

VISTOS: A fojas veinte la demanda de divorcio por la causal de "violencia física y psicológica, injuria grave", así como las pretensiones accesorias ínsitas de su naturales, entablada por A en contra de B, fundamentándose en los siguientes hechos: Que con el demandado contrajo enlace matrimonial el veintuno de julio de mil novecientos ochentinueve, por ante la Municipalidad Distrital de Yanahuara, habiendo procreado posteriormente a la menor "X", de tres años de edad; que desde el primer año de su matrimonio el demandado se comportó de manera dictatorial y agresiva, tratándola con términos injuriantes; que pese a su voluntad de superar estos problemas el demandado no ha puesto de su parte para ese fin; que las injurias son por parte de él y de su familia, llegando el demandado en reiteradas oportunidades a maltratarle de manera física y psicológica, tanto dentro del hogar como en vía pública, teniendo que recurrir en reiteradas oportunidades a maltratarle de manera física y psicológica,

tanto dentro del hogar como en la vía pública, teniendo que recurrir en reiteradas oportunidades a refugiarse en casa de su familia ante el abandono económico del demandado el que se retiraba del hogar; que ell demandado después de agredirle viajaban al país de Chile en que permanecía por el lapso de dos meses aproximadamente; que las agresiones sufridas son de distinta magnitud, llegando en una oportunidad a causarle lesiones que se detallan en el certificado médico correspondiente, presentando, en algunas de las oportunidades que le golpeaba, una denuncia ante la delegación policial de Yanahuara, no continuando con su trámite para evitar escándalos pensando que el demandado cambiaria su actitud; sin embargo ha llegado al abuso de quitarle a su menor hija de forma arbitraria, el que, pese a las denuncias y requerimientos, no se la entrega; que el demandado sigue agrediéndole física y psicológicamente. Fundamenta jurídicamente su demanda en los artículos treinta y tres, inciso dos, tres y cuatro del Código Civil; y cuatrocientos ochenta y siguientes del Código Procesal Civil. Admitida la demanda a trámite, se corre traslado de la misma a fojas veinticinco. En fojas treinta y ocho contesta la demanda fundándose en los siguientes hechos: Que es cierto que ha contraído matrimonio con la demandante, de cuyo enlace nació su menor hija; que es falso que cuando recién empezaron a compartir su vida conyugal haya tenido conducta agresiva con la demandante, siendo siempre cariñoso y cordial; que en cierta

ocasión en que no encontró a su esposa en su domicilia salió a buscarla, dirigiéndose al domicilio de sus suegros, tomando violentamente por el brazo a su cuñada, reiterándose posteriormente, sorprendiéndole que tal acto haya motivado una denuncia; que sabe sus responsabilidades de padre; que sus familiares nunca han intervenido en su vida conyugal; que no ha maltratado a su esposa ni en presencia de otras personas; que siempre que viaja a Chile deja el dinero suficiente para las necesidades familiares; que de la denuncia policial que concuerda con el certificado médico, de su texto se desprende que una tercera persona le informó que la denunciante tenía relaciones amorosas con el esposo de aquella, lo que motivó su proceder violento en contra de su esposa, de lo cual se arrepiente; que la demandante afirma que el demandado le ha arrebatado a la menor de manera reiterada, lo cual es contradictorio por las fechas; que no se opone a una separación convencional; que concuerda con la relación de bienes inventariados por su esposa; que está de acuerdo con pasar el treinta por ciento de sus haberes para la manutención de su menor hija; pero no para su esposa que ha mantenido relaciones amorosas con extraños; que conviene en que su menor hija se quede en manos de su madre en función a un régimen de visitas. A fojas cuarenta y siete se lo tiene al demandado por apersonado al proceso, siendo extemporánea la contestación de la demanda. A fojas sesenta y dos se declara saneado el proceso; en folio sesenta y nueve tiene

efecto la audiencia conciliatoria; en foja setenta y cinco se lleva a cabo la audiciencia de pruebas, la que continúa a fojas ochenta, noventa y tres y ciento veinte, y teniendo la vista el cuaderno de medida cautelar y siendo el estado de emitir sentencia, y **CONSIDERANDO**: **Primero**: Que existen dos exigencias interpretativas que se desprenden del análisis minucioso de la controversia en torno: una cuestión adjetiva y otra substantiva. **Segundo**: En torno al criterio adjetivo, debemos aclarar que el acto jurídico procesal sentencial posee autonomía para poder emitir su evaluación sobre falencias observables "*in initio*" (al inicio), "*in itinere*" (en el camino) o "*in termimis*" (al final) referidas a la validez de la relación procesal, en virtud del artículo ciento veintiuno *in fine* del Código Procesal Civil. De ahí que quepa decir que de la escrutación del tiempo cronológico válido para poder enderezar la acción emanable de los derechos garantizadores de las pretensiones del asunto *sub júdice*, se puede apreciar que de la fecha de interposición de la demanda: febrero de mil novecientos noventa y cuatro, a la fecha de acaecimiento de los sucesos gravosos: diciembre de mil novecientos noventa y dos, han transcurrido con agilidad los seis meses del calendario gregoriano habilitantes para franquear la erección de la acción ante los órganos jurisdiccionales, en virtud del numeral trescientos treinta y nueve del Código Substantivo. Por lo tanto, existiría suficiente amparo para declarar improcedente la demanda a que se contrae el inciso

tercero del artículo cuatrocientos veintisiete del cuerpo adjetivo. **Tercero**: Sin perjuicio de lo anterior y sin desahuciar la tesis adjetiva supracitada, merece un cuidadoso examen la naturaleza substantiva de los elementos jurídicos de esta *litis*. Para ello desgajamos la primera pretensión que es violencia física y psicológica en dos elementos concurrentes con contenidos propios y autónomos, pero no por ello incomunicados. La violencia física, antes sevicia, se la conceptúa como el trato cruel que el ofensor tributa a su cónyuge, de modo que débense cumplir dos requisitos *sine qua nom*: a).- ultraje material, b).- continuidad justificante. **Cuarto**: El primer nivel de análisis: ultraje material, exige, dentro de nuestro sistema drástico normológico de divorcio vincular, un daño físico, material, concreto, consumado, efectuado sobre la agraviada. A fojas seis y siguiente se demuestra que, en diciembre de mil novecientos noventa y dos, la actora fue pasible de maltrato físico que, por la vecindad de las fechas de tales documentos, se desprende una unidad en el tiempo de tal agresión. Asimismo, este hecho no desencadenó una reacción consecuente con la insoportabilidad del ambiente por parte de la agraviada, que le cupiera una respuesta compatible con la gravedad del asunto que ponía en riesgo el "*affectus maritalis*" (amor conyugal). De otro lado, tanto la demandante como el demandado se han referido, en este extremo, al mismo hecho, aceptando el requerido su responsabilidad ante el maltrato que, por el decurso del tiempo,

ha sido tácitamente excusado por la actora cuyo *animus* ya no puede ser el mismo. **Quinto**: En lo tocante al segundo plano de observación; continuidad justificatoria, ella alude a la constancia, frecuencia o reiterancia que justifique la drástica medida de eliminar el vínculo marital "divortium per divortium" (cada uno por su lado). Por ello, pese a las declaraciones testimoniales y de parte, a fojas noventa y tres y ciento veinte que corresponden a la audiencia de pruebas, no se ha acreditado que los ultrajes importen una continuidad en el tiempo, cuya uniformidad anoticie la necesidad del divorcio ante un clima evidentemente irrespirable. **Sexto**: El otro orden considerativo ínsito en el planteamiento primigenio pretensional; violencia psicológica, guarda una evidente autonomía, aunque enlazada con el ultraje físico. Vale decir que, pese a que podría estimarse la fundabilidad de la pretensión separatoria absoluta asentada en este único extremo, en el caso *sub exámine*, tal elemento nacería como consecuencia del maltrato físico. Por lo que, puede brindar ciertas luces los comportamientos reiterados del demandante de sustraer a su menor hija del seno de su madre, pero no configuran una categoría propia atentatoria a la *psique* de la pretensionante; ello sin considerar que la conducta, pudiera colaborar, pero no obligar a una decisión que tendría que haber sido acreditada en el genético momento de la interposición de la demanda, es decir "*a limine*" (desde el umbral). **Séptimo**: La otra perspectiva substantiva corresponde a la segunda pretensión;

injuria grave. Este concepto también exige dos campos de cumplimiento; a).- ofensa a la dignidad, b).- permanencia. Ambos son concurrentes y brindan suficiente cobertura para contextualizar los afanes separatorios absolutos. **Octavo**: En lo que compete al primer elemento: ofensa a la dignidad, encierra un radio definitorio que involucra los sentimientos y la moral de la víctima agredida a través de variopinto medio escrito o hablado. En el actual litigio no se prueba que el emplazado haya asumido conductas tipificantes de injuria grave. Tampoco añade compañía la actitud renuente del demandado de cumplir con la suma alimenticia, como es de verse en el cuaderno de medida cautelar "*ad effectum vivendi*" (a efecto de tenerse a la vista), así como la decisión del demandado con respecto a su negativa, (inserta en su escrito de contestación de demanda) de entregar una pensión de alimentos a su esposa, ya que éste duda de la calidad de fidelidad conyugal de su compañera. En todo caso, si se aceptara como ofensa a la dignidad de la persona este tipo de afirmaciones, ello ocurriría en el *ínterin* de la causa y no "*ab initio*", como sería lo correcto a efecto de respaldar esta actitud, considerando las pruebas *a priori* (con anticipación), y no a *posteriori* (con posterioridad). Pese a que las supuestas ofensas proferidas por los litigantes, en sus intervenciones escritas ante el Juez, no configuran acción típicamente antijurídica y culpable de injuria o difamación, a tenor del numeral ciento treinta y tres inciso primero del Código Punitivo. **Noveno**: De la segunda

premisa configurante: su permanencia, podemos predicar que tampoco se ha acreditado tal ángulo más allá de valiosas declaraciones testimoniales, pero insuficientes en la medida que la injuria grave tiene una naturaleza inaprehensible y subjetiva que no puede, por ello, cobijar abusos del derecho para solicitar el divorcio vincular. **Décimo**: Que las pretensiones objetivas originarias accesorias demandadas, gozan de la misma suerte que las principales, por lo que en mérito al principio *accesorium sequitur principale* (lo accesorio sigue a lo principal), y *cum principales causa non consistit nec ea quidem quae sequuntur locum habent* (cuando no subsiste lo principal, no puede subsistir lo accesorio), aparejan infundabilidad transparente, sustentándose en los artículos ochenta y siete y cuatrocientos ochenta y tres del Código Adjetivo. Y en la medida que de amparar la presente demanda se estaría incurriendo en un exceso de subjetivismo y celo incompatible con el espíritu del sistema que informa al legislador a restringir los divorcios absolutos a causales de rigurosa probanza, teoréticamente abríase de incurrir en un abuso del derecho que el juzgador no podría dar andamiaje: "*abusus non est usus, sed corruptela*" (el abuso no es uso, es corruptela). Y como el demandante no ha probado sus aseveraciones, la infundabilidad transparece espontáneamente, (*actore non probante reus est absolvendus*). Y por estos fundamentos, y administrando justicia a nombre de la nación, **FALLO**: Declarando INFUNDADA la demanda interpuesta

por “A” en contra de “B”, sobre divorcio vincular por causal. Y por esta mi sentencia, así la pronuncio, mando, ordeno, dispongo y firmo en la sala de mi despacho, en audiencia pública. Tómese razón y hágase saber. - - - - - - - - - - -

EXPEDIENTE NO. 09-95

IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS

EXPEDIENTE No. : 09-95
DEMANDANTE : "A"
DEMANDADO : Sociedad minera
MATERIA : Impugnación de acuerdo

SENTENCIA[44]

Arequipa, dos de junio de Mil novecientos noventincinco.-

VISTOS: La demanda interpuesta a fojas cincuenta y nueve sobre impugnación de acuerdos, por "A" en contra de la Sociedad Minera de Responsabilidad Limitada número cinco de Arequipa, en las personas de sus representantes legales: "B" y su gerente "C", peticionando: la impugnación de los siguientes acuerdos, de la junta del cuatro de agosto de mil novecientos noventa y tres: dar validez a un libro de actas no solicitado ni

44 El presente proyecto sentencial no fue aceptado por el juzgado y, en cambio, se resolvió en contra de nuestro criterio. Las siguientes líneas no interpretaron el proceso más allá de sus lindes ni reputando presencia de escapismos procesales o legislativos, sin embargo, se encontró un conflicto entre el derecho y la justicia. Nosotros preferimos la justicia, pero el derecho ejercicio su tiranía.

legalizado por el gerente de la sociedad; la capitalización de supuesta inversiones hechas por algunos participacionistas que nunca fueron aprobadas; elevación del acta a escritura pública e inscripción en los registros; así como la impugnación de la junta general extraordinaria del veintiuno de setiembre y de todos los acuerdos tomados. Fundamenta su demanda en los siguientes hechos: Que la Junta del cuatro de agosto de mil novecientos noventa y tres, acordó sin ningún sustento legal y contra todas las normas estatutarias y legales, dar validez a un libro de actas sobre juntas que no se realizaron y que no pertenecen a la sociedad, constando en la misma acta su oposición, y porque en su calidad de gerente presentó ante el notario que asistía el libro de actas de juntas generales número uno de la sociedad, el que fue dejado de lado por una simple votación. Que, además, esta junta acordó dar validez a una supuesta capitalización de inversiones, constando en acta su oposición, y que estas inversiones le eran desconocida y no habían sido autorizadas por la junta general según la ley. Que además impugna el acuerdo tomado de elevar el acta antedicha a escritura pública y su inscripción en los Registros Públicos, oponiéndose también en el acto, entre tanto no se dilucide judicialmente las oposiciones al ilegal uso de un libro de actas no autorizado, y porque está pendiente de resolver en la Superior Sala Civil una nulidad planteada en el procedimiento de convocatoria a junta general extraordinaria. Que en lo que atañe a la junta del veintiuno de setiembre de mil novecientos noventa y tres: que la convocatoria la publican en

el diario "El Pueblo" el sábado dieciocho de setiembre de mil novecientos noventa y tres para que la junta tenga efecto el martes veintiuno de setiembre, sin pasar ni un día por medio, violando la norma al mencionar en la carta notarial que le envían el veinte de setiembre del mismo año, la realización de esa junta. Que existe una nulidad de actuados formulada en el proceso de convocatoria a junta general de participacionistas, seguido ante el Sexto Juzgado Civil, en estado de apelación. Que dicha junta fue convocada a realizarse en el domicilio legal: Consuelo número ciento dos oficina trescientos del Cercado, en primera citación, y en segunda citación a la misma hora y en el mismo lugar. Que el sábado veinticinco se constituyó al domicilio en mención para dejar constancia de las irregularidades cometidas y oponerse a la realización de la junta convocada mientras no se resuelvan asuntos pendientes, entrándose que dicha junta ya se había llevado a cabo el día veintiuno de una forma totalmente ilegal y de mala fe, haciendo constar tal suceso mediante intervención policial, siendo ilegal tal junta porque se le ha privado su derecho a voto, se ha levantado la misma sin el *quórum* necesario para tratar asuntos trascendentales, eliminando sus participaciones mediante la regularización de capitalización de inversiones, que nunca fueron aprobadas ni autorizadas por junta alguna ni por la gerencia. Que el veintiocho de setiembre cursa una carta notarial a la sociedad pidiendo una copia certificada del acta en cuestión, con resultado negativo, ya que hubo cambio de domicilio legal y por ende la carta fue devuelta.

Que estas actitudes son malintencionadas con el fin de privarle su participación, según consta de la carta del veinticinco de abril de mil novecientos noventa y dos en que se le comunica que su porcentaje quedaría reducido del cuarenta y cinco al veinte por ciento, pretensión ilegal a la que se opuso mediante carta notarial del quince de mayo de mil novecientos noventa y dos por lo que no prosperó. Fundamenta jurídicamente su demanda en los artículos ciento cuarenta y dos, ciento cuarenta y tres, ciento cuarenta y cuatro, ciento cuarenta y seis, ciento cuarenta y ocho, ciento cuarenta y nueve, ciento cincuenta, ciento ochenta y uno y doscientos setenta y ocho de la Ley General de Sociedades; los artículos ciento noventa y siete y ciento noventa y nueve de la Ley General de Minería, así como el inciso segundo de la cuarta disposición complementaria del Código Procesal civil. Admitida a trámite mediante autoadmisorio de fojas sesenta y siete, se corre traslado de la misma, la cual es absuelta a fojas ciento dos por su gerente "C", fundamentándose en los siguientes hechos: Que en relación a la impugnación del libro de actas de la sociedad, es falsa por cuanto dicho libro se encuentra debidamente legalizado por el Cuarto Juzgado Civil con fecha veintidós de noviembre de mil novencientos noventa y uno, en que se encuentran asentadas desde la primera junta general de participacionistas que fue el veintiuno de abril de mil novecientos noventa y dos, en que participo el mismo demandante que después la abandonó; también consta la segunda junta general extraordinaria del veintiuno de mayo de

mol novecientos noventa y dos y la junta general extraordinaria convocada judicialmente por el Cuarto Juzgado Civil, en que se ratificaron los acuerdos asumidos en las juntas anteriores, en presencia del demandante y del notario. Que es doloso el hecho de querer dar validez a un libro de actas totalmente vacío, adjuntado por el demandante, del veintiocho de abril de mil novecientos noventa y tres, cuanto la sociedad se encuentra constituida desde el seis de marzo de mil novecientos noventa, fecha en que fue designado como gerente de la sociedad. Que no se opuso el demandante a este acuerdo sino solo se abstuvo de votar, ya que incluso lo ha firmado aprobándolo sin ninguna observación. Que en lo atinente al acuerdo de capitalización de inversiones realizadas por alguno participacionistas, ya que según las actas del cuatro de agosto de mil novecientos noventa y tres, dicho acuerdo no se ha tomado. Respecto a la impugnación del acuerdo de elevación a escritura pública y su inscripción, es ilegal porque el acuerdo ha sido tomado según el quorum de ley en presencia de notario. Que el mandato judicial de realización de la junta general extraordinaria del cuatro de agosto de mil novecientos noventa y tres, tiene el carácter de inapelable, además el demandante participo de dicha junta y aprobó por unanimidad muchos acuerdos, por ende sus apelaciones son dilatorias. En lo atinente a la impugnación de la junta del veintiuno de setiembre de mil novecientos noventa y tres, es inconsistente porque se ha realizado según lo dispuesto por ley, así como las publicaciones, además de una notificación

notarial al domicilio del demandante. Que el veintiuno se realiza la junta, en primera citación, porque existía quorum de ley para iniciarla. Que por acuerdo unánime se aumentó el capital y se regularizó el mismo según el sistema monetario imperante, y que el demandante no ha pagado su parte proporcional a su participación social. Fundamenta jurídicamente la absolución en los artículos ciento veinticinco, ciento veintinueve, ciento cuarenta, ciento cuarenta y cuatro, ciento cincuenta y uno, doscientos setenta y ocho, ciento setenta y nueve, doscientos ochenta y uno, doscientos ochenta y cuatro de la Ley General de Sociedades, así como los artículos ciento ochenta y seis al doscientos tres de la Ley

General de Minería y los artículos cuatrocientos cuarenta y dos y siguientes del Código Procesal Civil. Asimismo a fojas ciento dieciocho contesta la demanda el emplazado "B", haciendo suyos los fundamentos de hecho propuestos en la absolución de la empresa demandada. La audiencia de saneamiento y conciliación se lleva a efecto a fojas ciento cincuentiocho, continuando a hojas ciento noventa y seis; mientras que la audiencia de pruebas se lleva a cabo a hojas doscientos seis, continuando a fojas doscientos veintitrés; y siendo el estado de emitir sentencia, y CONSIDERANDO: Primero: Que son cuatro los extremos demandados por el peticionante: a).- Impugnación de la validez de un libro de actas no solicitado por el gerente de la sociedad. b).- Impugnación de la capitalización de supuestas

inversiones hechas por participacionistas, que nunca fueron aprobadas. c).- Impugnación de elevación del acta a escritura pública e inscripción registral (todas dentro del marco de la junta general extraordinaria del cuatro de agosto de mil novecientos noventa y tres). d).- Impugnación de todos los acuerdos asumidos en la junta general extraordinaria del veintiuno de setiembre de mil novecientos noventa y tres. Segundo: En lo atinente a la primera petición de impugnación referida a la validación del libro de actas impugnable, según la oposición del demandante a fojas nueve- vuelta, cuarenta y dos-vuelta y noventa y dos-vuelta, la misma que no es expresa sino tácita, o en todo caso una forma especial de manifestar oponibilidad, es pertinente aclarar la inapelabilidad del mandato judicial de convocatoria a junta general extraordinaria dispuesta por el Cuarto Juzgado Civil del nueve de julio de mil novecientos noventa y tres, fojas setenta y ocho-vuelta, en virtud del artículo ciento veinticinco de la Ley General de Sociedades. De la misma manera si optamos entre un libro legalizado el veintiocho de abril de mil novecientos noventa y tres, ante notario público por el gerente de otrora y demandante actual, con el libro inscrito judicialmente el veintidós de noviembre de mil novecientos noventa y uno, según consta de folio ochenta y dos, obviamente existe mayor valor en este segundo instrumento por cuanto dispone la presentación del libro al juez, en virtud del artículo treinta y tres inciso sexto, y artículo treinta y seis del Código del Comercio, malgrado de la responsabilidad del gerente según el

inciso primero del numeral ciento ochenta y uno de la Ley General de Sociedades, máxime si consideramos que en el *ínterin* del presente proceso, el demandante participó en juntas cuyas actas pertenecían a dicho libro, según puede verse de fojas ochenta y tres y siguientes. **Tercero**: En lo que respecta al segundo planteamiento: la impugnación de capitalización de supuestas inversiones hechas por algunos participacionistas, las que nunca habrían sido aprobadas, es de verse que, a fojas noventa y cinco, se menciona *ad literam*: "... Que, para la capitalización de las inversiones hechas por los participacionistas, sean acreditadas en forma documentada, legal y técnicamente en un plazo perentorio de treinta días". Vale decir que no se llevó a cabo ningún acuerdo referido a dicha operación de la junta del cuatro de agosto de mil novecientos noventa y tres, quedando por absolver la validez del mismo en la junta del veintiuno de setiembre del mismo año. **Cuatro**: Que el tercer punto: la impugnación de la elevación a escritura pública y consecuente inscripción, consta la oposición debida del demandante a fojas noventa y cinco, sin embargo, a fojas noventa y cinco–vuelta aparece la condición suspensiva propuesta por el accionante en virtud de las resultas de la nulidad absuelta en el primer considerando. De modo que no es atacable la inscripción registral obrante de fojas ciento uno, en función al nombramiento realizado a fojas noventa y cinco *in fine*, según lo habilitad el artículo ciento setenta y siete de la Ley General de Sociedades. **Quinto**: Que en lo que se observa del cuarto pedido: impugnación

de todo acuerdo de la junta general extraordinaria del veintuno de setiembre de mil novecientos noventa y tres, debemos tener en cuenta bastantes aristas. Que en los folios setenta y nueve y ochenta aparecen las notificaciones mediante publicación en medio masivo de comunicación escrita convocando a junta general extraordinaria para el veintiuno de setiembre, en primera citación y para el veinticinco, en segunda. Además, a fojas ochenta y uno se exhibe una comunicación notarial en la víspera de la junta, haciendo conocer la convocatoria. Que a fojas veintiocho, el demandante asegura que asistió el día sábado veinticinco a horas nueve de la mañana (*contrario sensu*, no asistió el veintiuno), como lo acredita mediante certificación policial de fojas veinticuatro, incurriendo en una "*contradictio in términos*" cuando a fojas doscientos veintisiete advera haber asistido tanto el veintiuno como el veinticinco de setiembre. Por lo que se ratifica el peticionante, a fojas sesenta y dos, en el sentido de haber concurrido sólo el sábado veinticinco, de lo que se infiere que el peticionario tuvo pleno conocimiento de la realización de la junta general extraordinaria el veintiuno de setiembre, a la que inasistió por incuria, la misma que no puede ser alegada para impugnar aquello que su negligencia le impidió una oportuna oponibilidad, no pudiendo por ende enarbolar dicha causal para pretensionar la ineficacia de algo cognoscible e impugnable en su oportunidad. No obstante, la acción impugnatoria también testimonia como sujetos activos legitimados a los socios ausentes, a que se contrae el numeral

ciento cuarenta y cuatro de la Ley General de Sociedades. **Sexto**: Sin embargo, pese a que el accionante de la impugnación de la junta de veintiuno de setiembre, no participó en ella (y por ende no pudo oponerse), en virtud del citado artículo ciento cuarenta y cuatro de la Ley supradicha, es pertinente aclarar que se solicita la impugnación de todos los acuerdos asumidos, entendiendo que el aumento de capitales o la regularización de los mismos en atención al sistema monetario, también fue un acuerdo asumido en dicha junta, debiéndose escrutar su legalidad. Que a fojas noventa y cinco, se expresa que, en lo tocante al aumento de capitales, se "presciende de su trato por haberse ya resuelto en los acuerdos anteriores" (*ad literam*), acordándose por unanimidad tal extremo, dentro de la junta del cuatro de agosto de mil novecientos noventa y tres. Que así mismo en el folio ochenta y cinco, correspondiendo al acta del veintiuno de abril de mil novecientos noventa y dos, también se acuerda el aludido aumento de capital por regularización del sistema monetario, consenso logrado mediante unanimidad, no así el cumplimiento del plazo perentorio de treinta días para las suscripciones en mérito a tal aumento, según se aprecia de fojas ochenta y seis-vuelta, dicho plazo jamás fue respetado, a tenor de la ratificación de fojas noventa y cinco del cuatro de agosto de mil novecientos noventa y tres, y como puede observarse del pago efectuado por el demandado "B", por tal concepto, a fojas ciento diecisiete; vale decir que éste se realiza con un retraso de más de un año calendario, y no de treinta días según lo disponía

el acuerdo mencionado; y si se pensara que el plazo de treinta días naturales también fue ratificado el cuatro de agosto de mil novecientos noventa y tres, conservando además su calidad de perentorio, no se explica cómo se efectúa el desembolso de aumento de capital recién al cabo de más de treinta días calendario, en atención a la pieza documental de fojas ciento diecisiete. De todo ello emana claramente que los plazos estipulados en mil novecientos noventa y dos no fueron respetados, en consecuencia fácticamente no existieron jamás dicho plazos, de ahí que el sexto punto de la convocatoria a junta del veintiuno de setiembre de mil novecientos noventa y tres, según consta de fojas setenta y nueve, ochenta y noventa y seis-vuelta, que desemboca en el acuerdo de poner a disposición de los participacionistas activos el cuarenta y cinco por ciento de participación del demandante (ó 450 participaciones de treinta soles cada una, según el aumento tantas veces aludido) y en consecuencia apartarlo de la sociedad, es totalmente ineficaz, el mismo que aparece a fojas noventa y ocho-vuelta, ya que no se ha comunicado con antelación debida al recurrente de esa decisión, ni tampoco se le ha proporcionado un plaza para que pueda aumentar su capital. Además, se debe considerar la manifestación del peticionante, de fojas doscientos veinticinco, en el sentido de su disponibilidad y voluntad a depositar su respectiva cuota convencional aumentando su capital, según los cuatro primeros incisos del artículo ciento nueve de la Ley General de Sociedades. Y además un acuerdo que perjudique los

intereses de un participacionista en beneficio de los otros, y que, sin infringir aparentemente la ley o los estatutos, lesionan el legítimo interés del recurrente, frente a la configuración del abuso de poder abanderado por las mayorías, en que desatendiendo el interés social privilegian el interés mayoritario, es insusceptible de ser amparable. Y por estos fundamentos y administrando justicia a nombre de la nación, **FALLO**: Declarando INFUNDADA EN PARTE la demanda interpuesta por "A" en contra de la Sociedad de Responsabilidad Limitada número cinco, de Arequipa, representada por B y C; existiendo validez en todos sus extremos excepto el acuerdo de elevar el capital de las participaciones, el que es **Ineficaz**[45] por las razones expuestas *ut supra*, por ende SE DISPONE que, consentida y/o ejecutoriada que quede la presente, cumpla el demandante con abonar el

45 Si bien es cierto que el cuarto punto pretensional del accionante alude a la impugnación de todos los acuerdos de la junta general extraordinaria llevada a cabo el 21 de setiembre de 1993, no se pudo demostrar su nulidad. Tampoco, según la ley, se podría impugnar acuerdos tomados en juntas en las cuales no se hubiera hecho constar oposición; así como tampoco, (atendiendo al caso bajo examen) la negligencia demostrada del peticionante, que conllevó a su inasistencia a la junta, podría dar pie a anular un acuerdo (artículo 144 de la Ley General de Sociedades). Pero tampoco no conviene preterir la cuestión procesal apuntada por el sobredicho numeral de la ley en cuestión, con respecto a la adhesión de legitimidad pasiva encarnada en los socios ausentes. No obstante, lo que dice el derecho, la justicia predica que el abuso de poder no puede desalojar súbitamente a un participacionista, sin darle los medios para su información y consecuentemente actualización de capitales; de allí que el acuerdo sea ineficaz desde la perspectiva de la justicia, y válido desde las perspectivas del derecho.

importe equivalente al cuarenta y cinco por ciento de participaciones en dicha empresa, actualizado según el aumento de capital en lo que se refiere a sus cuatrocientos cincuenta participaciones de treinta soles cada una, en el plazo de sesenta días calendario. Y por esta mi sentencia, así la pronunció, mando, ordeno, dispongo y firmo en la sala de mi despacho en audiencia pública. Tómese razón y hágase saber.[46]

46 Ahora bien, el principio de congruencia procesal expone la obligación de identificar lo que se resuelve con lo peticionado, de modo que las sentencias "*ultra petita*" (más allá de lo pedido) resulten nulas, según lo manifiesta el artículo VII del Título Preliminar del Código Adjetivo Civil. No obstante, al decidirnos por una posición justa y desechando una legal, podría resquebrajarse el principio de seguridad jurídica, sin embargo, necesitábamos examinar por qué no se llegó a tal extremo: el demandante impugna todos los acuerdo (entiéndase nulidad o ineficacia). Si bien no cumplió con el formalismo de estar presente en la junta y de hacer constar su desavenencia (legalmente exigida por formalidades encorsetantes) ello no lo sustrae legitimidad para accionar, en estas pretensiones impugnatorias, a los ausentes socios; de modo que la ineficacia de un acuerdo que, pese a no adolecer de nulidad, puede arrogarse, dentro de los límites de lo pedido (y por ende no existiría sentencia ultra petita), en aras de la justicia, bajo la cual subyacen la economía procesal y la paz social (artículos III y IV del Título Preliminar del Código Procesal Civil).

EXPEDIENTE N° 10-95

OBLIGACIÓN DE DAR SUMA DE DINERO

EXPEDIENTE No. : 10-95
DEMANDANTE : "A"
DEMANDADO : "B"
MATERIA : Obligación de dar suma de dinero

SENTENCIA[47]

Arequipa, dieciséis de mayo de mil novecientos noventa y cinco.- (*)

VISTOS: A fojas tres la demanda ejecutiva interpuesta por "A" en contra de "B" sobre cumplimiento de obligación de dar suma de dinero, fundándose en los siguientes hechos: Que el ejecutado le giró un cheque por la suma damandada sin tener

47 Este borrador de sentencia también conservó autonomía interpretativa de los actuados; sin embargo, al encontrar colisión entre derecho y justicia, optó por una decisión justa. Estuvo a punto de convertirse en la resolución definitiva... no obstante, amenazas del *advocatus* del demandante, presiones exteriores, temor de inaugurar jurisprudencia por parte de magistrados no titulares, así como influencias heterónomas políticas y la consecuente falta de autonomía del poder judicial, motivaron el rechazo de este proyecto. El derecho, una vez más ejerció su implacable tiranía.

provisión de fondos suficientes, de acuerdo a la constancia del Banco en el anverso del título valor. Que la obligación contenida en el título es cierta, expresa, exigible y líquida y que no ha prescrito la acción ejecutiva. Fundamenta jurídicamente su demanda en los artículos ciento setenta y cuatro y ciento setenta y cinco de la Ley de Títulos Valores, así como el inciso segundo del artículo seiscientos noventa y tres del Código Procesal Civil. A fojas seis se dicta el respectivo auto que contiene mandato ejecutivo. A fojas trece, "B" entbla contradicción en contra del demandante, fundamentándose en los siguientes hechos: Que no le adeuda nada al demandante y que no ha celebrado transacción alguna que genere obligación de dar suma de dinero. Que a fines de mil novecientos noventa y uno se da apertura a la cuenta del Banco número setecientos guión un millón cuatrocientos sesenta mil cuatrocientos noventa a nombre de la solidaridad entre el demandante, en la denominación "y/o" con el demandado, con obligaciones y derechos iguales: como acreedores y deudores. Que el demandante, aprovechando el tener en su poder la chequera, ha utilizado uno de los cheques que estuvo suscrito en blanco por el recurrente, deducción que se desprende del hecho de que la cuenta jamás ha tenido un movimiento mayor, y que se encuentra inmovilizada hace más de un año. Que el suscrito no ha girado jamás el cheque por ese monto, que, en todo caso, tiene la condición de girador y girado como el demandante, ya que el demandante es también

responsable responsable solidario de la cuenta; deduciendo la nulidad formal y falsedad del cheque y la nulidad del título valor, así como la excepción de oscuridad y ambigüedad de la demanda, en su modo de proponerla. Fundamenta jurídicamente su contradicción en los artículos setecientos y setecientos uno y siguientes del Código Procesal Civil, así como la Ley de Títulos Valores y el Código Civil vigente. Admitida a trámite, a fojas diecisiete, se corre traslado de la misma, la que es absuelta por el demandante a fojas dieciocho y diecinueve. A fojas treinta y dos se lleva a cabo a la audiencia de saneamiento, conciliación y pruebas en que se declara infundada la excepción propuesta, la que es apelada sin efecto suspensivo y con la calidad de diferida, asimismo se declara saneado el proceso, continuando la audiencia a fojas treinta y nueve en que no se concilia. A fojas cuarenta y siete se lleva a efecto la audiencia de pruebas y a fojas setenta y dos se emite sentencia, la misma que declara improcedente la demanda. El demandante apela *al adquem* a fojas ochenta y uno por lo que a fojas ciento seis, la Sala Civil declara nula e insubsistente la sentencia apelada y dispone se emita nueva sentencia; y estando los autos en oportunidad de emitir sentencia, y teniendo a la vista el cuaderno de medida cautelar número mil ochocientos diecinueve guión noventa y cinco, así como el proceso de tercería seguido por "R" en contra de "A" y "B", con el número de expediente número cero cincuenta y seis guion noventa y cinco; y **CONSIDERANDO**: **Primero**: Que

Omnia definitivo sin jure, periculosa est (toda definición en derecho, es peligrosa), criterio no desahuciado si invocamos la perentoriedad de pergeñar pautas de interpretación doctrinal que nos auxilien a precisar los perfiles del fenómeno *sub júdice*; por lo que, encauzando los razonamientos para disciplinar su movimiento, requiérase satisfacer una trilogía de presupuesto dentro de un proceso ejecutivo: a).- Legitimidad activa y pasiva, b).- Obligación cierta, expresa y exigible, c).- Título con mérito ejecutivo. Y como lo que se peticiona es un reparto autoritario ordenancista: obligación de dar suma de dinero, la premia segunda necesita ser, además, líquida. Ello dentro del marco de un proceso ejecutivo que no precisa discutir la relación jurídica, la que está ya definida, sino sólo ejecutar el derecho reconocido. **Segundo**: Del primer presupuesto *sine qua nom*, la legitimidad queda satisfecha en el sentido activo por la titularidad del derecho transfundido en el título valor de fojas dos en que el demandante aparece como legítimo tenedor, y de acuerdo al principio dispositivo de los instrumentos cartulares, estaría habilitado para reclamar las prestaciones incorporadas en el Título. En cuanto a la legitimidad pasiva, ésta también queda saneada, en virtud al mismo instrumento sobredicho, por cuanto aparece como girador de la cambial y por ende obligado a satisfacer la prestación requerida. **Tercero**: Luego, desde la perspectiva del segundo requisito, se desprende naturalmente el carácter de cierto, expreso, líquido y exigible de la obligación,

a tenor de la constancia estampada por el Banco en el anverso del instrumento de pago rápido a la vista, según el artículo ciento setenta de la ley de Títulos Valores. De otro lado, la nulidad deducida por el demandado a fojas catorce debe ser declarada desestimada, por cuanto el único girado en una cuenta corriente es el Banco y no los titulares solidarios a cuyo nombre nace el contrato bancario, según el artículo ciento treinta y cuatro de la Ley número dieciséis mil quinientos ochenta y siete. **Cuarto**: Que el tercer elemento requiere de mayor dilucidación: el título con mérito ejecutivo. El cheque es un título-valor abstracto, constitutivo, autónomo. Ello significa que, por su naturaleza abstracta y no causal, la relación típica cartular aparece independizada de la relación causal generatriz que le brindó cobijo para su nacimiento; por su carácter constitutivo, el cheque genera un derecho, lo constituye, lo crea independiente de la relación fundamental; por su cualidad de ser autónomo, los cheques prueban por sí mismos la existencia de la obligación, porque el derecho está incorporado con el título, de lo que deriva un derecho en favor del beneficiario y una carga para el girador obligado a satisfacer esa acreencia. Asimismo, la *comunis opinio* reputa al título ejecutivo como un documento que prueba una obligación exigible, cuya acción ejecutiva es independiente y autónoma del crédito, donde el derecho se ve revestido de certeza, que aparejaría mérito ejecutivo y consecuente exigibilidad. Sin embargo, el demandante, en su absolución de

contradicción de fojas dieciocho brinda andamiaje a las oposiciones personales deducidas por el demandante versadas en la deuda que produjo el cheque subsecuente. De lo que se desprende "*excusatio non petita, accusatio manifiesta*" (la excusa de quien no es acusado, significa la propia acusación de sí mismo), de allí que las contradicciones del demandado, a fojas trece y a lo largo del ínterin de la presente causa junto con sus acompañados, responda al criterio del derecho a la oponibilidad de excepciones personas del girado al titular, cuando entre ellos se repiten las calidades de: girador-tenedor y deudor-acreedor, según el artículo veinte de la Ley de Título Valores, ya que "*auditud et altera pars*" (el juez debe oir a ambas partes) **Quinto**: Un florón de la corona lo constituye la alegación de que el cheque fue suscrito en blanco, según fojas catorce, extremo debatido a la luz del peritaje grafotécnico de fojas cuarenta y tres y cuarenta y cuatro, corroborado por declaración de los peritos a fojas cuarenta y siete, en que no se puede determinar la calidad *a priori* o *a posteriori* de la firma, de modo que el contenido y la firma habrían, "apreciando genéricamente", nacido juntas; caso contrario debió demostrarse si hubo mala fe en la completividad de documento en blanco, en virtud del artículo noveno de la ley dieciséis mil quinientos ochenta y siete; no obstante, a fojas cuarenta y cuatro, se dice *ad pedem*: "...no presenta elementos físicos que permitan opinar sobre la antelación entre el texto y la firma del girador", contrario sensu,

tampoco habrían elementos de juicio para opinar que nacen juntos, salvo una "apreciación general" según fojas cuarenta y siete, declaración supradicha. **Sexto**: Pero acaso el extremo más enjundioso sea el atinente a determinar el origen de la deuda. Si bien un título ejecutivo anoticia la certeza de un derecho, no se entiende que sea el derecho mismo, vale decir que existe una presunción de verdad, la misma que puede ser atacable, ya que dicha certeza no es absoluta, porque las oposiciones están fundadas en la relación personal generadora de la creación de la cambial. Amparar una demanda ejecutiva sustentada en documento que contenga derecho inexistente o dudoso de probar, sería acreditar la vigencia de un rancio positivismo de la más proterva laya, al amparo del "*dura lex, sed lex*" (aun dura, la ley es la ley). Nuestra posición iusfilosófica[48] nos empuja a impetrar con saludable crítica esos extremisos: la justicia por delante de la ley. Resultando que el derecho no es un ente lógico, sino una realidad, *ipsa res iusta* (la misma cosa justa), humana y social, de conductas en un tramado de alteridad social, en interferencia intersubjetiva, compuesta por el orden sociológico, por el plano normativo o normológico y la dimensión valorativa o dikelógica cuyos valores, presididos por el más excelso valor que es la justicia, apuntan al valor personalidad que impregna la vida y dignidad humanas. De otro lado, ya no desde los

48 BIDART CMAPOS (1993, pp. 671 y 98).

planteamientos doctrinarios, sino desde el derecho judicial, el exceso ritual manifiesto, repugna las exageraciones rigoristas, extremas y abusivas de las formas, que privilegian a "verdad formal", por encima de la teleología del proceso que es encontrar la justicia y darle encarnadura en el *universitas* social, en busca de la "verdad material, histórica u objetiva", máxime si son situaciones opinables o dudosas como el proceso bajo análisis. De ahí que, pese a que la cambial de fojas dos, reúne los requisitos de formalidad extrínseca según el artículo ciento treinta y seis de la Ley de Títulos valores, existe duda si contiene una satisfacción de exigencia del requisito intrínseco manifestado en el arículo primero de la misma norma en el sentido de que el documento título valor, a la letra: "... represente o contenga derechos patrimoniales" o para creditar mérito ejecutivo, diríamos nosotros. En abono a lo razonado, transcribimos textualmente la ratio stricta del Demandante, que a fojas sesenta y cuatro del cuaderno de medida cautelar, expresa: "... debe estarse al principio procesal de la solución de las controversias por encima de las formalidades..." Tal ecuanimidad de pensamiento no discrepa para nada de nuestra posición. **Séptimo**: Que el demandado declara inconcusamente la inexistencia de deudas subyacentes, a tenor de su escrito de fojas trece a quince; no obstante, a fojas cuarenta y seis, en su octava pregunta, podría presumirse que pudieron haber existido otras deudas diferentes a la del caso *sub litis*, por su expresión:

"y menos por el monto de..." De otro lado, en mérito a una suerte de etapa de conocimiento, envuelta en el trámite ejecutivo según la doctrina, el demandante guarda silencio respecto a cualquier deuda en su escrito de fojas tres, para luego aseverar que sí hubo una deuda de doce mil (sin expresión de tipo de moneda) según consta a fojas dieciocho. Sin embargo, a fojas ciento cincuenta y cuatro del expediente de tercería "*ad effectum vivendi*" (a efecto de tenerlo a la vista) número cero cincuenta y seis guión noventa y cinco; y según el principio de la declaración asimilada del artículo doscientos veintiuno del Código Adjetivo, el demandante acepta la presencia de una deuda de por medio, ascendente a doce mil dólares que se dispuso en su calidad de gerente de la cooperativa, y adicionalmente otro crédito por la cantidad de cuatro mil dólares. Este crédito es reconocido, a fojas cuarenta y ocho del expediente principal, no en la forma de relaciones de transacción comercial sino en la modalidad de relaciones financieras; para luego mencionar que no era deuda en *strictu sensu* sino disposición de dinero por parte del demandado. De todo ello, nacen espontáneamente dos "*contradictio in términis*" (contradicciones): la primera: el accionante manifiesta que existió deuda, luego dice que fue disposición de dinero sin autorización; segundo: expresa que de las revisiones que está haciendo (fojas cuarenta y ocho) la deuda es mayor, luego no demuestra en qué forma es mayor ni los documentos en que sustenta su afirmación de que estuviera

incrementándose la deuda (*in crescendo*). Del mismo lado, a fojas ciento cincuenta del expediente de tercería, se concluye que no se ha acreditado fehacientemente el origen de la deuda que "resulta exagerada" (*ad literam*). **Octavo**: Que la relación causal necesita justificar su naturaleza para desprenderse una relación típica cartular saneada y exigible no sólo formalmente sino realmente. Para ello se observa que entre los justiciables existió un tejido comercial o financiero desde muy atrás, como lo afirma el demandante a fojas ciento cincuenta y tres del expediente de tercería, compaginado con la pieza notarial de hojas ciento ochenta y uno del mismo proceso, y declaración de fojas cuarenta y ocho del expediente principal, de donde se deduce que, no sólo compartían una relación profesional sino también amical y hasta cuasi familiar por el "compadrazgo" conocible según sus propias aseveraciones. De otro lado, el Demandante conocía que le demandado estaba presuntamente disponiendo de dinero que no le correspondía, según fojas ciento ochenta y uno del proceso de tercería. De la misma manera, el ejecutante no ignoraba el estado de las cuentas corrientes inauguradas a nombre de ambos, como se aprecia de la hoja ciento cincuenta y tres del expediente de tercería. Que, pese a no manejar esas cuentas, sabía que el demandado había cancelado muchas cuentas plurales. Por eso es que resulta difícil pensar que el demandante ignorara el estado de la cuenta corriente plural número setecientos guión un millón cuatrocientos setenta mil

cuatrocientos noventa de la cual se gira el cheque. No podemos mirar con orejeras las cosas y decir que lo que nos conviene, lo conocernos; y lo que no, no. De la misma parte, el Banco manifiesta que ese número de cuenta no tuvo movimiento desde agosto de mil novecientos noventa y tres hasta diciembre del mismo año en que se la clausura, según fojas cincuenta y nueve y pieza obrantes a folios sesenta a sesenta y tres De otra parte, el demandante expresa que sabía que la cuenta corriente bajo análisis estaba inmóvil, pese a que sigue viva, según fojas cuarenta y ocho; también nos pone al día en cuanto al manejo de información sobre las cuentas de la cooperativa, según consta de fojas ciento cincuenta y cuatro y ciento setenta y seis del proceso de tercería. En obsequio de brevedad pensamos que la buena fe es una condición de legitimidad, lo que conlleva a aclarar que al momento de adquisición del título débanse tomar las fundamentales y conocidas precauciones para asegurarse de que el transmitente (girador en nuestro caso) posee poder de disposición sobre el documento, de ahí que la buena fe al momento de adquirir la cambial comportaría propiedad de la misma, sin embargo la *bona fide* (buena fe) ha sido cuestionada totalmente dada la relación tejida alrededor de la cambial. De donde el carácter de abstracción del cheque, no significa que esté protegido contra excepciones de características personales que le oponga quien es el presuntamente llamado a satisfacer la prestación. En adición a este planteamiento, nos remitimos al

documento de fojas cincuenta y cinco, por el que envía una notificación a nombre del demandante (dentro de la cuenta corriente bajo debate), que es reproducido por los extractos de fojas sesenta a sesenta y tres (de la misma cuenta inmovilizada desde agosto de mil novecientos noventa y tres), y a fojas sesenta y nueve aparece una nueva notificación documental a nombre del demandante, también de la misma cuenta, y con la misma dirección domiciliaria. Ello nos empuja a pensar que el demandante sí tenía pleno conocimiento (*ex profeso*) del estado de cuenta corriente cuyo activo no ascendía ni a cincuenta soles. De modo que, si se hace firmar un cheque en una cuenta que, ex profeso, sabía no tenía fondo alguno que respalde su prestación, generaría que la acción (*culpa in faciendo*) del demandado no esté revestida de dolo pese a que formalmente pueda generar ejecución, por lo que "*contra scriptum testimonium, non scriptum testimonium non fertur*", (contra testimonio escrito, no ha de traerse testimonio no escrito) y lo que se trae a juicio son testimonios escritos que revelan los visos formales indicados. Pero suponiendo que el peticionante ingnorarse completamente ese número de cuenta corriente en cuanto al estado de sus fondos, esa cambial habríase girado para garantizar una disposición de dinero "sin autorización" (según declaración del demandante de fojas ciento cincuenta y cuatro del proceso de tercería), de donde se desprende que el cheque estaría garantizando una deuda motivada por la disposición de dinero

ajeno. Y los cheques en garantía desnaturalizan los alcances de este título valor que debe ser un instrumento de pago rápido a la vista, y no un instrumento de crédito, según la segunda parte del artículo ciento cuarenta de la Ley de Títulos Valores. **Noveno**: Que el título valor *sub júdice*, formalmente reúne los requisitos "*ad solemnitatem*"; pero "*de jure*" (de derecho y en atención a sus requisitos intrínsecos analizados, se genera una duda (si nos atenemos al razonamiento *in fine* del considerando precedente), la que favorece al damandado: "*dubia in meliorem partem interpreterit debent*" (en caso de duda, debe interpretarse la obligación en el sentido más favorable o benigno en favor del obligado). **Décimo**: Pero si se insistiese por el esquicio de la validez de la ejecutabilidad del título en razón de la *ratio legis* estricta o hasta de su *ratio juris* y no de la *ratio* justicia (que es lo que debe buscar un proceso), tendríamos que absolver el extremo atinente a la mancomunidad o solidaridad de la obligación. *In initio litis* (al comienzo de la *litis*) el damandado, a fojas trece, manifiesta la presencia de solidaridad en la obligación; mientras que el demandante se inclina por una mancomunidad, fojas dieciocho, para que a fojas cuarenta y ocho insinúe tácitamente una solidaridad, que lo explicita expresamente "*in itinere*" (durante el camino) a fojas ochenta y uno *in fine* de su escrito de apelación. De esta manera las notificaciones que efectúa el Banco en función a ese número de cuenta, lo hacen al demandante en el entendido que existe

solidaridad, en mérito a las piezas de fojas cincuenta y nueve a sesenta y tres y sesenta y nueve del proceso principal; o documentos de fojas ciento setenta y siete y ciento setenta y ocho del proceso de tercería, en que se emplea el plural y luego el singular para dirigirse a los titulares de la cuenta. De la misma parte, a fojas ciento cincuenta y tres del expediente de tercería, el pretensor refiérese a las cuentas como mancomunadas, calificativo que haría imposible la habilitación para el demandado de la facultad de clausurar cuentas sin consentimiento del demandante, en el supuesto de que no fuese solidaria. De ahí que esta duda no pueda ser absuelta por silencios en las presunciones de solidaridad "*ex lege*" (por mandato de la ley), según el artículo mil ciento ochenta y tres del Código Sustantivo, que ordena que la calidad solidaria sea enunciada en forma expresa, lo que no se ha dilucidado en el *íter* del proceso. Sin embargo, aceptando una u otra hipótesis, el demandado, en tal supuesto, sólo pagaría la mitad de la obligación (si es divisible y mancomunada), o el total para después repetir por la mitad al titular (si no lo fuera), ya que la cuenta está a nombre de ambos, en virtud del artículo mil ciento ochenta y dos del citado cuerpo sustantivo; por lo que en este caso, optando por la solidaridad (*de solidum*: uno solo) se repetiría contra el tenedor (que vería satisfecha su prestación) mediante las obligaciones viriles internas, según el artículo mil ciento ochenta y seis y mil doscientos tres del Código Civil. Y considerando, por otro lado,

que no podría ser ejecutado quien no ha firmado un título, según el artículo siete de la Ley número dieciséis mil quinientos ochenta y siete, librarse temporalmente de responsabilidad el tomador entendiendo que el girador lo hace a nombre propio (habilitado por la cláusula "y/o") lo que reñiría contra la disposición prohibitiva de la ley General de Cooperativas que, en el parágrafo tercero del inciso segundo del artículo treinta y cinco, enuncia que el gerente debió firmar junto con el funcionario que determinan las normas internas (en este caso: el presidente). Sin embargo, a fojas ciento setenta y seis del proceso de tercería, el girador- demandado libró cheques a nombre de la cooperativa, de modo que el derecho a repetir quedaría franqueado. Todo ello dentro de los marcos hipotéticamente teoréticos; sin olvidar que el cheque no apareja ejecutabilidad por el expreso conocimiento del demandante de la falta de fondos de la cuenta corriente que utilizaría presuntamente el demandado para garantizar un crédito que desnaturaliza la misma esencia del cheque. Extremos todos harto difusos, dudosos, opinables y farragosos, lindantes con la confusión, la que no puede apagar la luz de la justicia como lo expresamos en los considerandos *ut antea* expuestos en el sentido de que el mérito ejecutivo del cheque no está habilitado y por ende el tercer requisito concurrente no se cumple para ordenar la ejecución de tal título. Y como en este brevísimo tiempo de conocimiento dentro del proceso ejecutivo, el peticionante que

dispone del *onus probandi* (carga de la prueba) no ha acreditado la incolumidad de la relación cambiaria sustentatoria, dadas las contradicciones emanadas, "*actore non probante reus est absolvendus*" (no probando el actor su demanda, debe ser absuelto el demandado). Y por estos fundamentos y administrando justicia a nombre de la nación. **FALLO**: Declarando INFUNDADA la nulidad deducida por el demandado en contra del demandante, y también INFUNDADA la demanda de obligación de dar suma de dinero en proceso ejecutivo interpuesto por "A" en contra de "B". Y por esta mi sentencia, así la pronuncio, mando y firmo en la sala de mi despacho en audiencia pública. Tómese razón y hágase saber. - - - - - - - - - - ----------

EXPEDIENTE NO. 11-95

NULIDAD DE TITULO VALOR

EXPEDIENTE No.	:	11-95
DEMANDANTE	:	Cooperativa de servicios múltiples
DEMANDADO	:	Cordicoop y Otros
MATERIA	:	Nulidad de Título Valor

SENTENCIA[49]

Arequipa, diecisiete de julio de Mil novecientos noventa y cinco.-

VISTOS: A fojas treinta y tres la demanda de nulidad de título valor por el acto jurídico y el documento que lo contiene, interpuesta por Cooperativa de Servicios Múltiples representada por su Presidente del Consejo de Administración y a la vez Gerente "A"; en contra de Cooperativa de Ahorro y Crédito "Cordicoop", "B" y "C"; fundamentándose en los siguientes

49 En este proyecto redactamos dos decisiones (acostumbrados ya a la desestimación de resoluciones justas y no sólo legales), una de ellas arreglada a derecho, y la otra ajustada a la justicia. El lector intuirá cuál preferimos y cuál se aprobó. El derecho regía su gobierno tiránico... ¿Hasta cuándo?

hechos: que el recurrente conjuntamente con el consejo de administración que preside, han adquirido los cargos con fecha veinte de julio de mil novecientos noventa y tres; con ese cargo se han enterado de la existencia de una demanda de cobro de dólares hasta por la suma de sesenta mil doscientos cuarenta y cuatro dólares con setenta y seis centavos, en su contra, juicio ya sentenciado, en el que se encuentra el documento título valor del cual piden su nulidad absoluta, ya que quienes supuestamente lo han suscrito garantizando o comprometiendo económicamente a la cooperativa, en su nombre, nunca lo han sido y han actuado con representación caduca en el caso del *pseudo* gerente "B", e inexistente por ilegal en el caso del *pseudo* presidente del consejo de administración "C". Se dice caduca porque el primer Consejo Administrativo de la cooperativa, presidido por el señor "H", empezó sus funciones luego de ser ratificado por la primera asamblea extraordinaria, en fecha veintitrés de noviembre de mil novecientos ochenta y seis, y culmina, como así está en la ficha de los Registro Públicos, con fecha veintitrés de noviembre de mil novecientos ochenta y siete, y mal podría "B" con fecha junio de mil novecientos noventa y uno en que fue "nombrado", actuar como gerente y menos comprometer económicamente a nadie, puesto que además tampoco tenía cargo de funcionario alguno. Se dice inexistente el cargo de presidente del consejo de administración del órgano que preside, porque esa "representatividad" que decía poseer "C" nunca la inscribió en

los Registros Públicos y sus actos carecen del entorno legal y estatutario, incumpliéndose también los requisitos indispensables de antigüedad y elección por asamblea de socios, que exigían y exigen los estatutos, dejando constancia que al momento de interponer la demanda sólo existen dos consejos de administración inscritos: el del Señor "H" (que fue removido) y el del recurrente. Fundamenta jurídicamente su pretensión en los artículos ciento cuarenta y seis incisos primero y cuarto; ciento sesenta y uno; ciento cincuenta y seis; ciento sesenta y siete; ciento noventa; doscientos diecinueve en sus incisos segundo, cuarto quinto y sexto; dos mil cuatro en su inciso sexto; inciso según del numeral dos mil veinticinco del Código Civil; artículo doce en su inciso séptimo; inciso cuarto del artículo treinta y tres; acápites uno, dos, y tres del segundo inciso del artículo treinta y cinco; así como los artículos treinta y seis en su inciso primero, tercero, cuarto, quinto, sexto octavo y noveno del Decreto Supremo cero setenta y cuatro-noventa-TR; así como los numerales cuarenta y uno, cuarenta y ocho en su octavo inciso; cuarenta y nueve y cuarenta y ocho en el inciso "b". A fojas treinta y ocho se califica positivamente la demanda mediante auto admisorio, admitiéndose la misma y corriéndose el traslado correspondiente. A fojas cincuenta y uno, "C" contesta la demanda negando los cargos, y fundamentándose en los siguientes hechos: que se le ha elegido presidente del consejo de administración de la cooperativa, no habiendo sido inscrito

debido a la falta de liquidez de la misma, ante los Registros Públicos, por cuanto al asumir el cargo, la entidad tenía una serie de deudas pendientes con Cordicoop, en que el Gerente "B" informa al consejo de administración la existencia de deudas, según documento de mayo de mil novecientos noventa y dos. Ante tal hecho, el gerente solicita se le concedan amplios poderes para hacer un contrato de venta con pacto de retroventa de los bienes de la cooperativa a favor de cordicoop, operación que se hace, según él, para solicitar más dinero y reflotar la cooperativa; que para la gestión de la indicada operación era necesario firmar un pagaré, como se hizo efectivamente, con la particularidad de que ese título-valor estaba en blanco, habiendo precisamente firmado el Gerente "B", para luego enviarle a solicitud e iniciativa del indicado, por medio de "R", empleado de la cooperativa. El pagaré fue llenado por la Cooperativa Cordicoop, comprendiendo en ella deudas anteriores, cuyos manejos tienen perfecto conocimiento "B" y R", tal como lo informó la empleada de Cordicoop doña "Z", ante tales circunstancias el recurrente informó de las mismas en una asamblea de socios el día cinco de julio de mil novecientos noventa y dos, habiendo incluso puesto sus cargos a disposición, y que a solicitud de los socios pidieron prosiguiera con la representación. Como amparo legal consignan los artículos cuatrocientos cuarenta y dos del Código Adjetivo y ciento cincuenta, ciento cincuenta y dos del Código Civil. A folio

cincuenta y nueve, la Cooperativa de Ahorro y Crédito (Cordicoop), representada por su Gerente "U", contesta la demanda en los siguientes términos: que según el certificado literal de la ficha mil doscientos trece del Registro de personas Jurídicas de los Registros Públicos de Arequipa, consta que el consejo de administración que preside "A" fue elegido el nueve de enero de mil novecientos noventa y tres; que con respecto al segundo acápite de la demanda referido al conocimiento de la oportunidad del proceso de cobro de dólares, es un asunto interno de la cooperativa demandante sin relevancia jurídica; que el título-valor cuya nulidad se persigue, representa una obligación cierta, y fue aceptada con arreglo a ley por los representantes legales de la cooperativa demandante. Es por esa razón que el proceso de cobro que se siguió ante el Tercer Juzgado Civil, fue declarado fundado en todas sus instancias, habiendo sido ejecutiva en su mayor parte; que la demanda debe declararse improcedente porque la validez del título valor cuya nulidad de pretende ya fue discutida en el proceso referido en el acápite tercero y sólo en dicho proceso podía cuestionársele; que el ordenamiento legal sólo admite la nulidad de cosa juzgada fraudulenta a que se contrae el artículo ciento setenta y ocho del Código Procesal Civil. Y a fojas setenta y ocho del Código Procesal civil. Y a fojas sesenta y siete, "B" procede a contestar la demanda de la siguiente manera: que el recurrente fue nombrado gerente de la institución demandante el primero de julio de mil

novecientos noventa y uno por el consejo de administración que en esa fecha ejercía sus funciones como tal, mediante sesión extraordinaria de esa misma fecha, habiéndose registrado dicho nombramiento en los Registros Públicos como consta en la ficha mil doscientos trece; que ha ejercido su cargo en forma legal y transparente, desconociendo si el consejo de administración que lo eligió tenía o no representatividad para actuar en nombre de la institución, siendo falsa la afirmación del representante de la demandante de que el recurrente actuaba a sabiendas de que su cargo era ilegal, más aún si se conoce que la labor de un gerente es inminentemente administrativa, siendo otro órgano el competente por ley y estatuto, de vigilar las funciones de los integrantes del consejo de administración; que durante la gestión gerencial del recurrente, por política del consejo de administración se solicitaron diferentes créditos (cartas fianza) a la Cooperativa de Ahorro y Crédito "Cordicoop", los mismos que están registrados en dicha cooperativa y cuyos montos aparecen de los balances contables que existen en la institución demandante, habiéndose firmado pagarés en blanco conjuntamente con el presidente del consejo de administración, a exigencia de Cordicoop, entre los que estaba el título valor que es materia de nulidad, por tanto dicho pagaré ha sido llenado posteriormente, consignando un monto diferente al que realmente se concedió. Ampara su contestación en el artículo cuatrocientos cuarenta y dos y siguientes del Código Procesal

Civil. Sin desahucio de lo expuesto con respecto al codemandado "B", a fojas setenta, y por extemporaneidad, se lo declara rebelde. A fojas ciento veintiuno se declara saneado el proceso. La audiencia de conciliación se lleva a efecto a fojas ciento veintiocho y luego a fojas ciento cincuenta y cinco en que se fijn los siguientes puntos contravertidos: a).- si las partes que firmaron el pagaré, motivo de la *litis*, tenían capacidad legal para firmar dicho título valor, b).- igualmente si tenían la capacidad legal suficiente para garantizar ese pago, c).- la validez del título valor y si surte efectos legales. La audiencia de admisión de pruebas se lleva a cabo a fojas ciento sesenta y tres, cuatrocientos cincuenta, cuatrocientos cincuenta y nueve, y cuatrocientos setenta y uno. Y estando la causa en su estado de expedir sentencia, y …. **CONSIDERANDO**:

SENTENCIA QUE DECLARA "FUNDADA" LA DEMANDA (BASADA EN LA NORMA ESCRITA)

CONSIDERANDO: **Primero**: Que la nulidad absoluta se comporta como una sanción legal que destroza los efectos propios del acto jurídico cuya nulidad es *ipso jure* (de pleno derecho), que no requiere de una sentencia judicial que así lo manifieste, ya que sus efectos no son constitutivos, sino declarativos; vale decir que el acto jurídico nulo, lo es "*ab initio*" (desde el principio) y la Resolución judicial sólo constata la invalidez del negocio jurídico *ex tune* (retroactivamente). De

ahí que el acto nulo carece de algunos elementos esenciales para su validez, o se han contravenido normas preceptivas de orden público; con ello debemos asumir un complejo trinitario de criterios para el análisis al respecto: a).- capacidad, b).- formalidad, c).- legalidad. **Segundo**: Que, en cuanto al planteamiento primigenio, de que brinda cobertura el inciso primero del artículo ciento cuarenta emparejado con el inciso segundo del artículo doscientos diecinueve del Código Civil; podemos considerar que la capacidad aludida para el agente del acto negocial, por tratarse de persona jurídica de derecho privado interno, lo es tanto de goce como de ejercicio. La existencia jurídica de la cooperativa y su consecuente capacidad de goce, simétricamente hablando, nace de su inscripción en los Registros Públicos, extremo que se puede verificar del documento inscriptorio de fojas veintiséis, en virtud del artículo cuarto de la Ley General de Cooperativas. Y si bien la capacidad de derecho, de goce o jurídica aparece claramente, no ocurre así con la capacidad de ejercicio (siendo la primera un *prius*, un presupuesto y sustrato de la segunda). De ahí quepa argumentar que la capacidad de hecho o de ejercicio, para una cooperativa, concomita con su voluntad propia que encuentra encarnadura externa a través de sus órganos (consejo de administración, gerencia, etcétera), los mismos, según la teoría orgánica que recepta la doctrina moderna, nacen según la forma establecida en el acto constitutivo o los estatutos, cuando no en la norma

legal. De todo ello se desprende, y a la luz del artículo treinta y cinco inciso segundo de la Ley General de Cooperativas, que los órganos de la cooperativa: consejo de administración y gerencia debían, en cuanto a documentos, "suscribir conjuntamente", lo que es corroborado por los estatutos que obran a fojas trece, específicamente su artículo cuarenta y ocho inciso "b". Ahora bien, el artículo cuarenta y ocho inciso "b". Ahora bien, el artículo doce de la acotada Ley General de Cooperativas en su inciso séptimo, aclara *ad pedem*: "La elección de los dirigentes... surtirá efecto respecto a terceros sólo después de que las actas en que tales hechos consten, sean inscritas en el libro de cooperativas del Registro de Personas Jurídicas..."Y precisando los niveles de razonamiento, a fojas veintiséis y veintisiete-vuelta, no se observa que el presidente del consejo de administración tenga su inscripción correspondiente y legal, cosa que él mismo ratifica en su documento de contestación de demanda a fojas cincuenta y uno; de modo que existe violación a un dispositivo de orden público, lo que aparejaría nulidad por cuanto e pagaré que aparece en copia a fojas veinticinco habría sido suscrito por dirigente inhabilitado para hacerlo, según las normas mencionadas. Queda por examinar la validez de la representación por parte del gerente, cuya inscripción aparece a fojas veintiséis-vuelta. Tanto si se piensa que sí estuvo capacitado para la suscripción, por estar su nombramiento inscrito, como aducir que no poseía representatividad por cuanto quienes lo

nombraron habían caducado en sus cargos en el año de mil novecientos ochenta y siete (según consta del asiento segundo de fojas veintiséis) nos llevaría a la misma conclusión, por cuanto la ordenanza legal es explícita cuando dispone que la suscripción sea "conjuntamente". **Tercero**: Que el criterio anterior referido a la incapacidad de los agentes-órganos de la cooperativa, que inhabilitan su capacidad de ejercicio o de hecho, no se perjudica si nos adentramos al segundo nivel de análisis referido a la formalidad y el tercero referido a la legalidad que coinciden con los numerales sexto y séptimo del artículo doscientos diecinueve del Código Substantivo. De donde discurrimos, avalando la interpretación doctrinaria, en el sentido de que no es necesario que la ley expresamente utilice los vocablos" bajo sanción de nulidad" para referirse a la nulidad absoluta, por cuanto existen otros canales para conseguir la misma finalidad como lo hace el artículo doce en su inciso séptimo al mencionar: "surtirá efectos frente a terceros sólo después de que las actas… sean inscritas…" Por todo ello el acto bajo examen es nulo o jurídicamente inexistente, sin fuerza vinculatoria, sin energía jurídica traslaticia, no pudiendo producir ningún efecto – favorable o desfavorable – en virtud del principio "*quod nullum est, nullum producit effectum*" (el acto nulo no produce efectos). Y por estos fundamentos y administrando justicia a nombre de la nación, **FALLO**: Declarando FUNDADA la demanda de utilidad de título valor en cuanto al acto y documento que lo contiene,

interpuesta por "A", en representación de la Cooperativa de Servicios Múltiples en contra de Cooperativa de Ahorro y Crédito Cordicoop representada por su Gerente "U". Quedando subsistente la responsabilidad de los suscriptores del pagaré nulo. Y por esta mi sentencia, así la pronuncio, mando, ordeno, dispongo y firmo en a sala de mi despacho en audiencia pública. Tómese razón y hágase saber.

SENTENCIA QUE DECLARA "INFUNDADADA" LA DEMANDA (BASADA EN LA JUSTICIA)

CONSIDERANDO: Primero: Que la nulidad absoluta implica la carencia de elementos esenciales para la validez del acto, o la transgresión de normas preceptivas que importen violación de mandatos de orden público, generando ausencia de fuerza jurídica vinculante "*ab initio*" (desde el inicio) ya que al nacer muerto el negocio jurídico la nulidad opera *ipso jure* (de pleno derecho) siendo la sentencia una resolución confirmatoria, declarativa y no constitutiva Para ello, y en atención al caso *sub litis* necesitamos satisfacer básicamente el extremo referido a la capacidad del agente a que aluden los numerales ciento cuarenta inciso primero y doscientos diecinueve inciso segundo del Código Substantivo. **Segundo**: Que de una rápida interpretación sistemática de los artículos doce inciso séptimo y treinta y cinco inciso segundo de la Ley General de Cooperativas, podemos concluir que para la validez de la suscripción de un instrumento

cartular como es el pagaré, se requiere que tanto el presidente del consejo de administración como el gerente (que suscriben la cambial según fojas veinticinco) cuyas actas en que conste su elección, estén debidamente inscritas en lo Registros Públicos, debiendo entender que es bajo sanción de nulidad a tenor de los vocablos utilizados por el numeral doce inciso siete de la Ley General de Cooperativas acotada. Y si observamos a fojas veintiséis y veintisiete-vuelta, sólo aparece la inscripción de uno de los firmantes del pagaré, que es el gerente (folio veintiséis-vuelta) mas no del presidente del consejo de administración; por lo que la nulidad absoluta descendería raudamente y sin mucho esfuerzo discursivo, puesto que ambos debieron contar con susodicha capacidad. No es de discutir la presencia, por demás demostrada, de la capacidad de goce, jurídica o de derecho que nace al momento de la Constitución de la cooperativa como persona jurídica, según el artículo cuarto de la mencionada norma (Ley General de Cooperativas); lo que entraría en discusión sería la verificación de la capacidad de ejercicio o de hecho, la que nacería según la doctrina orgánica, a partir de los órganos de la persona jurídica de derecho privado interno; vale decir que la voluntad de gesta nace y se expresa a partir de sus órganos (consejo de administración, gerencia, etc. Y sin perjuicio de ser los parlantes de la cooperativa), cuyos perfiles son burilados por los estatutos y actos constitutivos, según se aprecia también del inciso “b” numeral cuarenta y ocho de los

estatutos de la cooperativa que corre a fojas trece. Por ende, resultaría ocioso referirse al argumento que niega representatividad al gerente, cuya inscripción, delatando su elección, data, según folio veintiséis–vuelta del doce de junio de mil novecientos noventa y uno, ello por el fenecimiento en los cargos de aquel consejo de administración que posteriormente lo nombrara sin tener formalmente ejercicio legal, el que concluyera en mil novecientos ochenta y siete, según folio veintiséis. Dar adamiaje a esta postura sería interpretar con tremendismo la norma, y nos llevaría en fidelidad a tal postulado, a declarar la inadmisibilidad de la presente demanda, porque el recurrente se estaría apersonando en representación de una institución en que, pese a tener inscripción, la elección de su representante obedece a junta convocadas por un Consejo de Administración que tampoco poseía capacidad por no haber estado inscrita desde mil novecientos ochenta y siete. Del mismo lado, y sin descargo de lo expuesto, la capacidad de ejercicio demanda una actuación "conjunta" tanto del gerente (con inscripción) como del presidente de consejo de administración (que adolece de ella), configurando la omisión una nulidad absoluta *ex tune* (con efectos retroactivos), sin poder jurídico traslaticio en virtud del principio "*quod nullum est, nullum producit effectum*". **Tercero**: Y si es cierto que toda definición en derecho es peligrosa (*Omnia definitio in iure periculosa est*), lo es más si se trata en concernencia a un

operador del derecho que, como es el caso del juzgador, más allá del derecho objetivo debe buscar la verdad real y no sólo la formal. Por lo que el estudio de la abundante carga probatoria exige una prudente valoración, según el principio "*auditud et altera pars*" (el juez debe escuchar a ambas partes), obligándonos a aludir y no eludir lo actuado en la causa sub exámine. **Cuarto**: Que, si aplicamos taxativamente el tenor del inciso séptimo del artículo doce de la Ley General de cooperativas, tendríamos que afirmar que todo lo que conlleva actos frente a terceros, perjudiciales favorables, adolecería de nulidad. No podemos mirar con orejeras, como los equinos, y satisfacer nuestro "*damnu vitando*" (en contraposición con el lucro captando de un tercero) solicitando la nulidad de sólo aquello que sea deuda, vendándonos la vista ante acreencias, a las que se les adesionaría plena validez. La nulidad es una sanción legal y por ende todos los actos de la cooperativa frente a terceros no tendrían ninguna validez al no estar inscritos los nombramientos de sus respectivos dirigentes; ya que la cooperativa, cuya constitución consta en los Registros Públicos (y de la que nacería su capacidad de goce) ha venido operando normalmente con un consejo de administración que, según folio veintiséis en su asiento segundo, habría caducado su mandato en mil novecientos ochenta y siete, contraviniendo lo debatido en las actas que constan a fojas ciento setenta y dos y siguientes, en donde "*in itinere*" continúa el ejercicio del mismo cuerpo directivo. Vale decir que la norma

no les daba legitimidad legal por no estar inscritos, pero la realidad, los mismos socios, le dieron legitimidad sociológica al continuar la responsabilidad de ese aparato orgánico que asaz habría fenecido, recordando el "*consensus facit legem*" (el común asentimiento hace la ley). **Quinto**: Que se presentan otras circunstancias que matizan este caso, al observar el folio doscientos cuatro de frente al trescientos noventa y cinco, auscultamos el acta de instalación del nuevo consejo de administración, cuya presidencia recae en la misma persona que firmaría, conjuntamente, el instrumento cartular *sub litis*. Y según el artículo cuarenta y dos del estatuto adaptado a las nuevas normas vigentes en esa oportunidad, fojas cuarenta y tres, así como el artículo cincuenta inciso g, foja doscientos veintisiete, la cooperativa, sus socios para ser más exactos, se desenvolvían en un tramado colectivo que creaba derecho, así no hayan existido inscripciones. A fojas trescientos sesenta y nueve, una asamblea extraordinaria que data del veintiocho de abril de mil novecientos noventa y uno, se nombra como gerente a la persona que suscribiría, junto con el presidente del consejo de administración, la futura pieza documentaria título-valor; ratificándole facultades mencionadas a fojas trescientos setenta a trescientos setenta y cinco, haciendo la salvedad de que a folio trescientos setenta y seis *in fine*, existían tratativas financieras, que datan de fecha anterior a la suscripción del pagaré, con la demandada Cordicoop. Máxime si consideramos que en sesión

extraordinaria de mayo de mil novecientos noventa y dos, dos meses antes de la suscripción del título valor, se le faculta, foja trescientos noventa y nueve, al gerente, *ad literam*: "… para firmar los documentos necesarios ante Cordicoop…", como se puede apreciar también en el folio cuatrocientos. Así también, las fojas mencionadas ilustran acerca de la difícil situación de la Cooperativa y de la necesidad de abrir líneas de crédito u otras operaciones que les permitan reflotar la institución, como es de verse de fojas cuatrocientos tres, *ad examplum* y como un florón de la corona, existe constancia de las relaciones comerciales entre demandante y emplazado, según fojas cuatrocientos cinco y cuatrocientos seis, todo ello para no seguir atiborrando de citas la majestad de una sentencia. De otro lado, no se debe dejar de percibir la existencia de un proceso previo cual es el de cobro de dólares, cuyas copias de sentencia tanto del *a quo* como del *ad quem* obran a fojas veinte y veintiuno, con notoria desventaja para la actual demandante; de ahí que la recurrente iniciara proceso sobre nulidad de cosa juzgada fraudulenta, como se desprende de fojas setenta y cinco a ochenta y cinco. Todo ello revela el *ánimus* del actual actor en el sentido de buscar por cualquier medio posible (y esto es una presunción judicial que ilumina el artículo doscientos ochenta y uno del Código Adjetivo) de desconocer la validez de un pagaré con el propósito de sustraerse a una obligación, cuya oposición debió erigirse en su debida oportunidad. **Sexto**: Que, en vista del

considerando anterior, habría que analizar muy cuidadosamente las consecuencias de una hipotética declaración de nulidad de ese acto jurídico. Como los efectos de la nulidad absoluta son fulminantes, de su misma concepción se desprende que frente a terceros no podrían existir efectos, independientemente de la buena o mala fe; en que el acto nulo, por carecer de poder jurídico traslaticio, acarrearía la inexigibilidad de pago del demandante-deudor, de tal suerte que la sentencia anterior de cobro de dólares que ordena el pago de susodicha cantidad, sería atacada y por ende el principio de cosa juzgada no sería más que una caricatura, violando discretamente la inmutabilidad de las resoluciones que adquieran esa calidad, en contra del literal ciento veintitrés del Código Adjetivo. Es decir, de ser nulo el pagaré, no hay deuda (ya demostrada en otro proceso); por ende, la sentencia que ordena el pago de dólares no tendría valor; y se estaría dando apertura, *a posteriori*, a una forma novedosa de que las partes vencidas en procesos de ejecución de obligación de dar suma de dinero, podrían valerse ante el fracaso de la acción de nulidad de cosa juzgada fraudulenta. **Séptimo**: Otro extremo que puede abonar como pauta de interpretación doctrinal es el referente a determinar si efectivamente en la suscripción de pagaré por dos representantes de la cooperativa, uno de ellos inscrito y el otro no, acarrearía nulidad a tenor de la sanción impuesta por ley (*ex lege*). Es perfectamente asequible que el espíritu de la norma (yendo más

allá de su texto, al que no se le profana) trata de garantizar los actos negociales de terceros frente a posibles dudas en cuanto a a representación original y oficial de dicha institución. Como hemos apreciado en las piezas probatorias *ut supra*, la cooperativa producía derecho, se vinculaba, negociaba frente a terceros, percibía ingresos, nombraba sus dirigentes, etc., de modo que una inscripción ordenada por una norma prescriptiva de orden público le añadiría certeza a actos que no serían dubitables por la fuerza sociológica de la cooperativa que les brinda cobertura y validez desde mil novecientos ochenta y siete (fecha en que empiezan a adolecer las inscripciones), de modo que un dirigente reconocido por su engranaje social, no se convierte en más dirigente por una inscripción que sólo cumple el propósito de despejar dubitaciones en los negocios frente a terceros. De otra parte, si pensamos lo contrario, no podríamos tampoco descartar la idea de que no existe una absoluta incapacidad de ejercicio por parte de los agentes suscribientes del pagaré, desembocando en una probable nulidad relativa, la misma que podría ser objeto de confirmación. Y si revisamos el testimonio de escritura pública de transacción entre el demandante y la cooperativa Cordicoop a folio cuatrocientos ochenta y dos-vuelta, del siete de setiembre de mil novecientos noventa y cuatro, apreciamos que no se niega la validez de la sentencia anterior de cobro de dólares, y se reconoce explícitamente tal obligación, *ad pedem*: "… Ambas

partes celebrantes manifiestan que por ante el Tercer Juzgado Civil de Arequipa… se sigue un juicio de cobro de dólares americanos, entre la Cooperativa de Ahorro y Crédito Cordicoop en su calidad de ejecutante, en contra de a cooperativa de servicios Múltiples… que dicho procedimiento se procedió a embargar y rematar los bienes inmuebles de la Cooperativa de Servicios Múltiples…" Y más adelante, en el folio cuatrocientos ochenta y tres, a la vuelta: "…De dichos bienes inmuebles… se vienen siguiendo diferentes procesos judiciales… y que la presente es para evitar se continúe con dichos procesos civiles iniciados en contra de la Cooperativa de Servicios Múltiples… Las partes mediante el presente documento y haciéndose concesiones mutuas y recíprocas han decidido transigir los procesos de desalojo interpuestos… quedando transados los procesos de desalojo…" Para luego mencionar, a fojas cuatrocientos ochenta y tres *in fine* y vuelta, al pie de la letra: "… Asimismo es materia de la presente transacción el saldo de la deuda de la Cooperativa posterior a la adjudicación de los bienes rematados que se tramita ante el Tercer Juzgado Especializado en lo Civil…" Para luego refereirse a que los acreedores: "… le otorgan a la cooperativa el plazo de noventa días calendario, para que pague la suma de setenta mil dólares americanos… Ambas partes también convienen que en el caso que la Cooperaiva de Servicios Múltiples no cumpla con pagar la deuda de los setenta mil dólares americanos en el término que se le da,

quedarán automáticamente todos los bienes objeto de la presente transacción, en posesión y propiedad de…" los acreedores. De modo que, si optamos por la vía de señalar que el pagaré es nulo, entonces esta transacción también sería nula porque se refiere a una obligación que jamás habría existido y por ende no podría transigirse lo que jurídicamente es inexistente o nulo. Pero si se opta por el sendero de expresar que existiría nulidad relativa por cuanto uno de los suscriptores estaba habilitado y el otro no, debería tomarse la manifestación de voluntad del recurrente en el documento de transacción, como una confirmación tácita (ya que "expresa" no correspondería por haberse omitido los requisitos de acto, causal de anulabilidad y manifestación expresa de confirmación, a que se refiere el artículo doscientos treinta del Código Substantivo). Por lo tanto, nuestra apreciación se inclinaría por esta confirmación tácita debido a la existencia de hechos que ponen de manifiesto la voluntad del recurrente-deudor de cumplir con la obligación que tiene por génesis el pagaré que se pretende impugnar. De ahí que, por un lado, cumple religiosamente con sus obligaciones como deudor, y por el otro pretende alcanzar la nulidad o anulabilidad, según de aquello que no le conviene. Tampoco se puede colegir que esta confirmación tácita vía transacción sea producto del afán del deudor de sustraerse a las persecuciones desbordadas de sus acreedores. En todo caso, si nos inspiramos en la nulidad

absoluta, echaríamos por el suelo no sólo la sentencia que ordena el pago de dólares y que tiene la calidad de cosa juzgada, sino también la transacción que tiene *statuts* y autoridad compatible al nivel de una resolución con categoría de cosa juzgada (a tenor del numeral mil trescientos dos del Código Substantivo), y por ende, la nulidad produciría un gravísimo atentado contra principios elementales de seguridad jurídica. Ahora bien, en cuanto a los efectos retroactivos de la confirmación para los terceros, es innecesario referirse a la buena o mala fe, pues los demandados no tendrían la calidad de terceros para los efectos de la convalidación "*ex voluntate*" o confirmación pues asumen parte activa en el mismo. **Octavo**: Que no existiría ninguna utilidad si una sentencia declara la invalidez que entraña un acto negocial nulo como el proceso *sub-titis*, por cuanto sus efectos han sido y vienen siendo acatados por las partes como analizamos en párrafos precedentes. De otro lado el "*quod nullum est, nullum producit efetum*", en el sentido de que un acto nulo no produce efecto, es cierto en cuanto se refiere a los efectos del acto nulo y no con referencia a los efectos directamente deseados por las partes. De allí que, pese a la probable nulidad, existiría la institución de la conversión, en virtud de la cual se opera una transformación del acto nulo en otro acto al que se le reconoce validez, ya que si existe un consentimiento es necesario no perderlo de atención y orientar su direccionalidad y propósito. Como hemos atisbado

anteriormente, las partes extrajudicialmente transigen en virtud de los marcos judiciales de múltiples causas, es decir, que los efectos deseados por las partes, el fin económico primigeniamente propuesto y perseguido, aunque de modo no tan perfecto, se alcanzan mediante actos subsecuentes y distintos del acto nulo. Para todo ello requerimos dos elementos: objetivo y subjetivo. A través del primer criterio, el segundo acto necesita contar con los elementos de substancia y forma, que holgadamente pueden suministrarnos el acto presuntamente nulo; y, en cuanto atañe al elemento subjetivo, es menester inquirirnos por la voluntad presumible, hipotética o la finalidad perseguida por las partes y de lo que ellas habrían querido de haber conocido la causal de nulidad del negocio jurídico. Vale decir que no obstante ser nulo el pagaré (si fuera de veras nulo) existe un consentimiento, una manifestación de voluntad que no tiene por qué perderse en el olvido, que debe ser rescatada, evaluada, sopesada y analizada en relación a los actos jurídicos subsecuentes (como los provenientes de la transacción que reconoce deudas) que tendría plena validez. Es decir que la conversión rescata a la finalidad querida por las partes y le da otra encarnadura: diferente a la del acto nulo, siempre que contengan los requisitos de forma y sustancia, así como que los efectos hayan sido deseados por los agentes de haber conocido anteladamente la nulidad. **Noveno**: De otro lado y un poco más allá de consideraciones doctrinales y del principio "*contractus ex*

conventione, *legen accipere diagnoscuntur*" (los contratos reciben su ley de la convención, lo que los caracteriza), queda en nuestra potestad el declarar la nulidad de un pagaré (y por ende destrozar elegantemente principios de seguridad jurídica, cosa juzgada, etc.), en mérito al artículo doce inciso séptimo de la Ley General de cooperativas que sanciona con nulidad aquellos actos procedentes de dirigentes cuya inscripción no conste en los Registros Públicos, y por ende cometer un acto con arreglo a derecho; y de otro lado declarar infundada la demanda, no dañando ningún efecto querido, sin alterar la legitimidad sociológica de la cooperativa que hizo derecho, y sin quebrar la seguridad de los acreedores en procesos que se verían peligrar con la decisión actual y por ende apartarnos de la norma precitada, pero encaminándonos jurídicamente a lo que debe-ser. La decisión no es difícil si encarrilamos el análisis y consideramos aquellos principios: "*Cuique suum tribure*" (dar a cada uno lo suyo), "*honeste vivere*" (vivir honradamente) "*alterum non ledere*" (no dañar a otro), lo que nos empuja a preferir el valor cúspide del edificio jurídico que es la justicia, la que apunta a la persona. Por ello no creemos que sea un desdén por la vida ni mucho menos una apoteosis racionalista cultural si conceptuamos la exigencia de iluminar el caso sub exámine con los requerimientos que prefiere la justicia y no el derecho (el objetivo). Y entre una decisión legal y otra justa; traemos a recuerdo el cuarto mandamiento del abogado. "Lucha: tu deber

es luchar por el derecho, pero el día que encuentres el conflicto el derecho con la justicia, lucha por la justicia". De allí brota nuestro deber. No podemos más que inclinar la balanza a favor de la justicia en desmedro del derecho como norma legal. He ahí nuestra misión como juzgadores. Y administrando justicia a nombre de la nación, de quien emana todo derecho, **FALLO**: Declarando INFUNDADA[50] la demanda de nulidad de título valor interpuesta por Cooperativa de Servicio representada por su Presidente de Consejo de Administración y Gerente don "A" en contra de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Cordicoop, representada por su gerente "U"; así como "B" y "C". Y por esta mi sentencia así la pronuncio, mando, ordeno, dispongo y firmo en la sala de mi despacho en audiencia pública. Tómese razón y hágase saber. -

50 No puede alegarse que, al preterir una receta legal cercenadora de análisis enjundiosos y vivificantes, podamos incurrir en violaciones al principio de seguridad jurídica. Antes, al contrario, de declarase fundada la pretensión demandada, se afincaría un ostracismo del derecho subjetivo que almacena la órbita jurídico-personal contra toda agresión o arbitrariedad. El orden jurídico existente, al aplicar reduccionismos legalistas, atentaría peligrosamente contra el derecho inalienable a la seguridad jurídica que implica un desenvolvimiento relacional humano en la convicción de que las normas se proyectan y se inspiran en su protección. ¡Que mayor violación a la seguridad jurídica que la tiranía del derecho!

El derecho frente a su nuevo paradigma

EL DERECHO FRENTE A SU NUEVO PARADIGMA

"El día de reposo fue hecho por causa del hombre, y no el hombre por causa del día de reposo"

San Marcos: 2,27

Omnes jus hominus causa constitutunt est (Todo derecho está constituido por causa del hombre).

"*In illo tempore*" (hace mucho tiempo), cuando Macondo nacía (al decir de García Márquez),[51] José Arcadio Buendía descubrió que la Tierra era tan redonda como una naranja. Úrsula, su esposa, *ab irato* le increpó: "Si has de volverte loco, vuélvete tú solo. Pero no trates de inculcar a los niños tus ideas de gitano".

Sin embargo, continuó impasible e imperturbable en sus teorías y explicaciones acerca de la posibilidad de llegar al mismo sitio de partida navegando hacia el Oriente. Cuando llega

51 García Márquez (1989, p. 10).

Melquíades, gran sabio par el pueblo que reputaba a José como un hombre perdido de juicio, elogió su construcción teorética que ya había sido comprobada en la práctica.

"N*ihil novum sub sole*" ("nada nuevo hay bajo el sol", que son las palabras de Salomón), pueden prevenirnos de la vanidad de construir teorías ya descubiertas y aplicada en la práctica. "*Vanita vanitatum, est Omnia vanitas*" (vanidad de vanidades… y todo es vanidad: también extraídas del Eclesiastés), que podría desorientarnos. Mas, la búsqueda de nuevos paradigmas no responde a la satisfacción de vanidades, individual o colectivamente buriladas, (a despecho de las afirmaciones de Napoleón al dirigirse a la revolución francesa: "La vanidad ha hecho la revolución; la libertad fue sólo el pretexto"), sino a la necesidad de satisfacer exigencias societales que expresen esperanzas hondamente sentidas en una urdimbre colectiva. Y tal vez corramos el riesgo de considerar como nuevo aquello que ya es conocido, al estar siempre bajo ese sol cuyos rayos entibian las ideas. En este caso tenemos dos respuestas. Podríamos responder como lo hizo José Arcadio Buendía[52] cuando la expedición que iba en busca del mar no podía regresar porque el camino que estaban desbrozando se cerraba continuamente con nueva y densa vegetación: "No importa. Lo esencial es no perder la orientación". Y la orientación no se pierde cuando tenemos

52 García Márquez (1989, p. 15).

certeza del norte que perseguimos ayudados por la brújula de nuevos y altos destinos.

La segunda respuesta: "*non nova, sed nove*" (no cosas nuevas, sino de una manera nueva). Porque lo valioso, sabiendo que no hay nada nuevo bajo el sol, tal vez no consista en proponer algo nuevo sino planteado de diferente manera; al decir de Goethe. Y premunidos de esta advertencia preliminar convendría insacular la vista acuciosa y auscultadora dentro de los entresijos del derecho. No tanto de aquél que hemos aprehendido en las aulas universitarias, cuanto sí de aquel otro que se practica a diario, vale decir el derecho en movimiento, en acción, en carne y hueso. No sólo es necesario comprender cómo está compuesta la maquinaria jurídica, también es útil atisbar cómo funcionan sus partes, y cómo están conexionadas en su operatividad intrasistemática y extrasistemática.

Pero tampoco se nos ocurre discurrir aquí sobre el alma del tinterillo que abunda como follaje salvaje en los pasillos de una Corte: son tantos que ya han formado parte de la infraestructura de los edificios y de la vistosidad de las plantas: se han enquistado como éstas y han echado profundas raíces. No vamos a distraernos con el tinterillo, que al decir de Luna (1961):

> "... es el profesional fracasado que se perdió en la ruta... basta escucharle. Su psicología, su verborrea,

> sus ademanes lo delatan. Por regla general, pertenece al montón de fracasados y cuando no al de los hombres truncos... Donde quiera que actúe enciende inmediatamente la hoguera de la discordia convirtiendo en pleito la cuestión más baladí y más fácil de arreglar" (p. 26).

Para analizar la psicología del tinterillo, es suficiente que el agudo lector visite un buen día el Palacio de Justicia, sin perjuicio de la incolumidad de preciosísimas perlas que no se salvajizan en la barbarie.

Tampoco vamos a aludir a la corrupción del Poder Judicial (fiel expresión de la crisis nacional, de la corrupción generalizada y de la crisis mundial que pulsa las estructuras más sensibles del alma humana) ni al pleitómano o también llamado pleitista, que es aquel parásito engendrado a partir del tinterillo; con nuestro autor (Luna, 1961), *ad verbum*, expresamos:

> "...Ese expediente que lleva bajo el brazo, lo ama con la pasión y la ternura del avaro... Goza palpándolos, siente arrobamiento y éxtasis de enamorado al leer y releer los ´recursos´ tinterillescos, los decretos del juez, los ´doy fe´ del escribano... Es por naturaleza enemigo de la línea recta, enemigo de la luz, enemigo jurado de la Verdad... Pleitea por sport... Ambicionar tierras, formar latifundios, construir casas, multiplicar

> ganados, atesorar capitales en los bancos, son las manifestaciones patológicas de aquella bulimia morbosa de bienes, mal que con el tiempo crece y se exacerba… No puede vivir sin pleitear. El pleito para él es elemento vital. Algo imprescindible como el aire, el agua o los alimentos… De ahí que cuando llega a ganar un pleito, su goce es completo. Este hecho le representa una suma de placeres, de espasmos, de goces solitarios… Esta pasión desorbitada marca y orienta la vida del pleitómano… Cuando no tiene pleitos, ni cómo conseguirlos, se enferma... Y, en el caso improbable de no encontrar pleitos, los inventa…" (p. 33).

Y se recrea con ellos, añadimos nosotros.

Pues no vamos a auscultar a esos lastres de y para la justicia, tampoco nos vamos a detener en las falencias económicas que definen condicionamientos conductuales desapegados de la ética por parte de elementos humanos de una Corte; o influencias heterónomas que inclinan la balanza de la justicia a favor del lado que no le corresponde gozar de tan excelso privilegio. Tampoco valdría la pena reducir nuestro análisis a propuestas como las que comportan determinar la finalización de un proceso a través de un diálogo directo entre un magistrado con las partes y en ausencia de sus abogados.

Nuestro ámbito de análisis ya ha sido definido por las resoluciones deslizadas en hojas precedentes. De ellas extraemos nuestra perspectiva, es de esa circunstancia que nos tocó vivir desde la que podemos encarrilar nuestros razonamientos.

De ahí que del atento análisis de los proyectos presentados, los siete primeros (producto de rápida escogencia dentro de un universitas ampliado) responden a planteamientos doctrinales, interpretaciones novedosas en su caso, pero conservando los límites de evaluación prodigados por el derecho.

En cambio, en el octavo proyecto, podemos advertir la crítica a subjetividades cercenadoras de *la ratio stricta* del propio derecho. Del mismo modo, las últimas sentencias pretenden propugnar la aplicación de soluciones que la realidad reclama y que el derecho no se abastece a satisfacer al no encontrar respuesta. Algo colaboran las interpretaciones en sus más variadas modalidades, no obstante, son insusceptibles de responder ante reclamos concretos de la vida misma.

Es a estos casos a los que nos referíamos cuando planteábamos la necesidad de un nuevo perfil del derecho. Resulta muy fácil aplicar el derecho, si se estudian los actuados y de su análisis brota espontáneamente una solución. En algo se complica el trabajo jurisprudencial cuando a más de atender a los autos procesales, es menester dirigir la observación a circunstancia que rodean e impregnan de una atmósfera especial

los casos *sub exámine*. Incluso habíamos admitido la posibilidad teórica de, en casos excepcionalísimos, preterir lo actuado y dar razón a una verdad ostensible y objetiva.

De donde deducimos que, un buen magistrado puede alcanzar un óptimo nivel de dominio del derecho que le predisponga a aplicar casi mecánicamente la norma a la realidad planteada. No sería ya muy difícil resolver cinco o seis expedientes en sólo una velada, porque la experiencia le ha prodigado un cúmulo de verdades que almacena su cerebro y que, como catecismo jurídico, aplica raudamente. No obstante; ese ejercicio podría brindarle la posibilidad de encontrar una sensación de justicia que nacería del espíritu del derecho y de la conciencia edificada, a través de los años, gracias a los menesteres curialescos. Entonces la equidad aparecería ante cada caso concreto.

De otra parte, al asumir estas líneas, estamos aludiendo a un abismo encontrado, un problema atisbado, un asunto que debe despertar la atención de todos aquellos operadores comprometidos con la noble labor de solucionar conflictos jurídicos.

De allí, se nos representa con meridiana claridad al presencia de dos modelos: a).- El paradigma pantextualista[53],

53 Bidart Campos (1995, pp.60 – 63).

que es el que expone el deber de hacer justicia, como fin social supremo, a partir de interpretaciones inauguradas desde una *ratio stricta*, *strictu sensu*, *latu sensu*, *ratio legis*, *ratio* jurs, principios generales del derecho, etc., para lograr su propósito teleológico, sin independizarse del texto, del derecho, de la norma positiva; y b).- El paradigma constructivista que afirma la necesidad de apuntar el derecho a la justicia, y ésta a la vida.

Como valor independiente, autónomo y supremo, a través de la creación de derecho. Es de verse que las insuficiencias pragmáticas de aplicaciones causídicas del anterior modelo, catapultan este menester jurídico. En tal sentido débese aplicar la justicia ya sea con derecho, sin derecho o aún en contra del derecho, para afianzar la primacía de la Vida.

EL PARADIGMA PANTEXTUALISTA:

El siglo decimonónico, como substrato y esencia de sus antecesores, expresa la idea básica de lo que es el derecho pantextualista. Nos encontramos ante un escenario plagado de racionalismo. Con Sócrates se había descubierto la razón y con Descartes, Locke y los demás filósofos de la época, se llega a inficionar y abotagar la propia razón.

El racionalismo absolutista sostiene que la historia es el cúmulo de los errores humanos y había que construir un futuro nuevo, guiado por la perfección creadora de la razón pura, incapaz de equivocarse; el hombre extiende al mundo un hilo

de Ariadna para encontrar un destino perfecto, propone un recetario de mandatos que llevarían al hombre a la felicidad suprema. La idea del progreso vendría para completar este esquema intoxicado de racionalismos.

En tal virtud, se dispone de una pléyade de valores a los que la conducta debía circunscribirse: la cultura, la justicia, la libertad, etc.

Vale decir, crea verdades que luego empiezan a adquirir independencia, autonomía y vida propia. Ya los valores trascienden su génesis vital de que disponían, entonces su calidad aneja a la vida se ve desplazada y al contrario, culmina por esclavizar al hombre.

Lo más importante era aplicar el derecho, porque la justicia estaba insaculada en él, y todas las conductas debían encorsetarse en aquellos esquemas. Se debería, dados nuevos casos que la realidad fue capaz de exhibir, poner vinos nuevos en odres viejos.

El "dura lex, sed lex", es una fiel y radical expresión de aquel derecho pantextualista, racionalista o interpretativista. El "aun dura, la ley es la ley" se ve compaginado con el "*fiat justitia et ruat caelum*" (hágase justicia, aunque se hunda el firmamento), o el "*pereat mundus, fiat justitia*" (perezca el mundo, pero que se haga justicia), que ostenta un desprecio exorbitante por la realidad y una apoteosis racionalista astronómica. No se

pensaba en el "*summun just, suma injuria*" (el supremo derecho, la injusticia suprema) o la aplicación de la equidad que pudo haber significado la religión de los jueces, en caso de dirigirla a la Vida.

Tanto el racionalismo, que niega la vida y salva la razón, como el antiguo relativismo subjetivista, que evapora la razón para salvar a la vida, no pudieron resolver el acuciante acertijo del hombre.

Como diría Basadre (1958, p. 28), son siglos plagados de progresismo abstracto, de inmediatismo utilitario, de sociologismo positivista y de escapismos estériles. Recordemos a Gonzáles Prada con su: "Guerra al menguado sentimiento, canto divino a la Razón".

Ortegaz(1964) lo advera de la misma manera:

> Esa Justicia, una vez que ha sido segregada por el sentimiento, adquiere un valor independiente... Lo justo debe ser cumplido, aunque no le convenga a la vida. Justicia, verdad, rectitud moral, belleza, son cosas que valen por sí mismas, y no sólo en la medida en que son útiles a la vida (p. 41).

Los fermentos que produce esta intoxicación racionalista plantea la caricaturesca historia, a guisa de ejemplo, del inventor que es manejado a la postre por sus propias máquinas. El hombre

se ha complacido en entregar su vida a un sistema de mitos y de verdades que endiosa y venera. Así Nicoli (1965) manifiesta:

> "…El hombre moderno se ha nutrido de mitos y rinde culto a nuevos ídolos: el mito de la cultura superior protagonista de la historia universal (hegelianismo), el mito de la voluntad infalible del pueblo (democracia liberal), el mito de la superioridad de la raza (nazismo y europeísmo) el mito imperialista de H. Chamberlain y C. Rhodes, el mito del progreso ilimitado (Condorcet), el mito de la clase social redentora de la humanidad y libre de pecado de explotación (marxismo), el mito del superhombre prepotente y dionisíaco (Nietszche), el mito pansexualista (Freud), el mito cientifista (positivismo). No es que los conceptos de democracia, cultura, sexo, progreso, ciencia, clase social, raza, pueblo, etc., carezcan de sentido y dejen de tener cierto grado de vigencia real, pero se le ha cargado de una fuerza mágica y hasta divina que trasciende de sus propias dimensiones, transformándose, a la postre, en funestas ilusiones" (pp. 119-120).

Vivimos enfrascados en una cultura endiosadora de lo que concibe, cuyos peregrinos trashumantes son los seres mal llamados humanos (homúnculos). El hombre se pone al servicio de los mitos en profundos abismos desgarradores del

alma humana. Esta, a su vez, al aproximarse a un Tribunal de Justicia, con una carga de esperanza, de paz, con el deseo íntimo y trascedente de amar, de comprender; lo único que encuentra es aplicación estereotipada de la norma escrita que olvida sus expectativas ante el paroxismo de una ciega adoración a la norma escrita presumiblemente inspirada en la suprema diosa de la justicia, cuya imagen ha sido calada en los textos de la ley.

Supremo sería poseer jueces que inauguren estilos jurisprudenciales, que creen novedosas interpretaciones, que asuman al derecho como una realidad fluyente cual río torrente, procurando se convierta en fuego en continuo movimiento, sin formas esquematizadas, sin dogmatismos pétreos y rigurosos, sin moldes ortodoxos. Pero tal vez sea inútil pretender alcanzar un nivel digno en que los magistrados logren ubicar a la justicia al lado de la realidad humana, cuando la única alternativa es utilizar el derecho y aplicarlo ciegamente, vendándose los ojos, so riesgo de perder un trabajo-sustento de su propia familia. La mística, la lucha por este ideal aparejaría la miseria propia y de la cauda humana que depende de su ministerio.

La autonomía del Poder Judicial, bajo las condiciones actuales, es la caricatura con la que se engañan voluntades ingenuas. La verdadera autonomía de este aparato poderoso conllevaría a una verdadera interpretación causídica del derecho, veríamos como la jurisprudencia se convertiría en el derecho en

marcha, en el derecho vivo: importaría más el juego libre de las instituciones que satisfagan necesidades, que el actúa modelo pantextualista de aplicación dogmática de la norma.

No obstante ello, la culpa (*in faciendo*, o *in non faciendo*) de que el derecho ejerza su tiranía, no es sólo de los magistrados que heroicamente conciben los medios y vías posibles por llevar adelante un sistema judicial que se despedaza, que se destroza y que pierde a diario su autonomía. La majestad de los jueces es difícilmente mantenida en un escenario pavoroso sin más opciones que las de aplicar la norma ortodoxa. Los tribunos no son los tiranos: el tirano es el derecho extraído de infranqueables moldes normativos. Ellos son las víctimas circunstanciales de la incapacidad del sistema judicial de conquistar su independencia, son los gerifaltes obligados a cargar la pesada cruz de un derecho inhumano, esquemático, literal y textualista. Entonces el derecho *per se* no es tirano; se lo tiraniza a través de estas posturas "irreducibles": de ahí deviene a tiranía del derecho, o sea de norma escrita.

De una mano la ley, y de otra mano la calle. Por un lado, la presión económica y política que desvanece la presunta independencia del Poder Judicial, de otro lado un derecho que debe ser impuesto a costa de hipotecar una conciencia plúrima. El derecho se estanca, no avanza, permanece encerrado en

herméticos mecanismos que quiebran las ilusiones de los justiciables.

EL DERECHO CONSTRUCTIVISTA:

> "Pero simultáneamente, como aquellos primeros destellos del alba que desgarran las tinieblas de la noche, se barruntan ya, a lo lejos, en el horizonte, la suave aurora que muestra el nuevo despertar de la humanidad. Un nuevo arquetipo espiritual forcejea por encarnarse en el alma de la cultura de Occidente..." (Nicoli, 1965, p. 155)

En este segundo y nuevo paradigma los valores permanecen, pero cambian de lugar, de jerarquía. Ya no es más el derecho el monopolizador de la justicia que subsume al hombre y su conducta. La redención de la justicia brama por añadir el valor Vida hacia el cual la justicia impregna su norte y su elán.

Recordaremos arqueológicamente aquellos jueces aplicadores del derecho dogmático, cual boca de la ley, máquina de sentencias o canal de expresión legal. Ante una colisión entre la ley y el valor justicia, se preferirá esta última, si responde a la Vida. Ya no quedarán esas especies en extinción más que para una antológica escogencia en los museos judiciales. Aplicar justicia con la ley, es tarea sencilla. Hacer justicia sin la ley, es un fenómeno sublime que engendraría jurisprudencia creadora y el

consecuente avance del derecho. Buscar la justicia en contra de la ley, del derecho vigente, es tarea suprema y delicada. Suprema porque las omisiones no están para que el hombre se reduzca en su oscuridad; y es delicada, porque evita que el exceso de subjetivismo (como en la sentencia del expediente número ocho) obnubile la conciencia juzgadora.

Proyectar el arsenal valorativo a la Vida, es decidirse entre lo justo y lo legal. Ossorio (1971) enunciaría: "así en todo. La pugna entre lo legal y lo justo no es invención de novelistas y dramaturgos, sino producto vivo de la realidad. El abogado debe estar bien apercibido para servir lo segundo, aunque haya de desdeñar lo primero" (p. 28).

No obstante, el nuevo paradigma del derecho no sólo debe ser encarnado por jueces (que son los primeros llamados a ejercitarlo), sino también por los abogados (tarea realmente difícil, cuando no imposible). Es curioso adivinar cómo su conciencia también cambiaría: "El abogado que al enterarse de lo que se le consulta no experimenta la sensación de lo justo y lo injusto (naturalmente, con arreglo a su sistema preconcebido) y cree hallar la razón en e estudio de los textos, se expone a tejer artificios legales ajenos al sentido de la justicia" (Ossorio, 1971, pp. 29-30). Sin embargo nuestra invocación no apunta a la conducta del abogado: sería realmente ambicioso, cuando no petulante por enmarañado, pretender domeñar el

comportamiento ético de los *advocatus* (los llamados a defender situaciones de hecho y de derecho, porque los jurisconsultos absolvían controversias de derecho), cuando gran parte de su éxito profesional consiste en desquiciar la justicia y propugnar la vorágine de las pretensiones disfrazadas de legales, de justas y de recipiendarias de bona fide que les permita gozar de la acogida y el amparo de la Ley.

Es menos complicado empezar a batallar por un cambio de mentalidad sobre las conciencias que decidirán los destinos humanos, vale decir, sobre las inteligencias y sensibilidades áulicas.

Estos tratamientos son peligrosos, pero su conclusión será fructífera y dulce como el almíbar. Nada más excelso que un grupo humano creador de derecho, con una visión que apunte hacia la justicia y que se juegue por entero por la vida. Qué legado más gratificante puede dejar esta generación, a las del porvenir, que un aparato jurisdiccional donde las absoluciones casuísticas se hallen encaminadas por nuevos senderos y caminos más verticalizados.

Así como la cultura, la justicia también tiene su hora de nacimiento: en ésta asume consistencia propia, prestigio y autoridad; pero al poner al hombre como su siervo, genera una oposición que, desproporcionando los límites exactos, termina por anquilosarse y barbarizarse al no recibir el influjo vital básico

y natural, culminando en su hora hierática. La justicia no puede concebirse sino como un producto de la Vida, y a ella tiene que rendir sus frutos, al nutrirse de su savia vivificante.

Los tiempos nuevos imponen nuevas actitudes (Ortega y Gasset, J. (1964): "Se trata de un nuevo sesgo de la cultura. Se trata de consagrar la vida, que hasta ahora era sólo un hecho nulo y como un azar del cosmos, haciendo de ella un principio y derecho. Parecerá sorprendente apenas se repare en ello; mas es el caso que la vida ha elevado a la categoría de principio las más diversas entidades, pero no ha ensayado nunca hacer de sí misma un principio. Se ha vivido para la religión, para la ciencia, para la moral, para la economía; hasta se ha vivido para servir al fantasma del arte y del placer; lo único que no se ha intentado es vivir deliberativamente para la vida" (p. 58).

No nos corresponde izar nuevas doctrinas menospreciadoras de desgastados valores culturalistas, sino de seguir creyendo en ellos, pero de una forma distinta, ya no deificándolos como otrora en que sin los cuales la existencia humana no cobraba valor. El derecho así comprenderá que por sí solo, su valor ultravital ha permanecido erróneamente desapegado de su función natural y de su sentido espontáneo. Es decir que los valores positivos valdrán menos ante la perspectiva de la Vida como categoría independiente.

El viejo paradigma que tiraniza la realidad al aplicar con exceso la razón ha cambiado de estatura, de dimensión. Kant llegó a declarar con respecto al racionalismo que no es el entendimiento quien ha de regirse por el objeto, sino el objeto por el entendimiento.[54] Ahora nosotros comprendemos que la nueva actitud es totalmente distinta, contraria.

El racionalismo absolutista colocó a la justicia como concepto, lanzado hacia el futuro, para suplantar la facticidad por las emanaciones de la pura razón, intentando la difícil cabriola de la perfección proyectada al infinito. Nos encontramos con un racionalismo compaginado a un relativismo subjetivista, que reputa a la realidad como absoluta y al conocimiento como relativo.

El viejo esquema mental, tirano, y ultravital debe ceder su primacía a un nuevo sistema donde la justicia y la Vida señoreen. Ortega y Gasset (1964) genialmente expresaría:

> "Lorentz, representando en este punto el viejo racionalismo, cree forzoso admitir que es la materia quien cede y se contrae... Einstein adopta la solución

54 Kant (1902) dice: Si la intuición debe conformarse a la naturaleza de los objetos, no veo cómo podríamos conocer algo de ellos *a priori*. Si, por el contrario, el objeto se conforma a la naturaleza de nuestra facultad de intuición, entonces puedo concebir fácilmente la posibilidad de tal conocimiento *a priori* (p. 26).

> contraria. La geometría debe ceder; el espacio puro tiene que inclinarse ante la observación, tiene que enconvarse… Llevado Lorentz a la política diría: Perezcan las naciones y que se salven los principios. Einstein, en cambio ¿, sostendría: Es preciso buscar principios para que se salven las naciones, porque para eso están los principios… Para Einstein el papel de la razón es mucho más modesto: de dictadora pasa a ser humilde instrumento que ha de confirmar en cada caso su eficacia." (p. 153)

El "*cuique suum tribure*" (dar a cada quien lo suyo) asume una idealidad diferente al comprender que la realidad es relativa y por lo tanto ofrece múltiples puntos de vista, múltiples perspectivas que son sus elementos o cualidades. De esta manera un ser humano no podrá ver lo que otro ve, pero si se coloca en su misma perspectiva asumirá un conocimiento similar. Así, la justicia impone la imposibilidad de encorsetar las realidades humanas y sociales a un único esquema, a un producto ortodoxo y elaborado de la razón. La tiranía del derecho basaba su explicación en una realidad absoluta, donde su esencia era necesario encontrarla para demostrar a todos los hombres los caminos inexorables de la santidad. Con el antiguo relativismo los conocimientos eran relativos y la verdad imposible de asumir. Con Einstein el absolutismo de la perspectiva impone la

necesidad de adecuar al derecho no a tramados preconcebidos, sino a creaciones plúrimas y heroicas. El derecho no ha podido prever todas las perspectivas que ofrece la realidad; ésta, al ser relativa, necesita que nuevos puntos de vista de parte de los magistrados le ayuden a ver lo que no pudo imaginar. La unidad de este sistema de comprensión y perspectivas absolutas y nuevas (y no relativas o subjetivas) generan jurisprudencia y avance del derecho. Cualquier moral ante la perspectiva del juez vería lo mismo. No es relativizar el valor justicia: como conocimiento es absoluto. Lo relativo es la realidad. Entendamos que viejos enfoques sacrifican a la justicia por una aplicación formalista del derecho que desatiende los dictados de la Vida.

No se nos aproxima aventurado hacer descansar nuestro pensamiento sobre las plataformas negatorias del racionalismo, que al decir del maestro Bidart Campos (1995):

> Es la forma intelectual con que la época – sigo XVIII- se creía posible dominar el mundo fenoménico de la realidad: imprimirle orden mediante la razón humana… se cree que la realidad "será" como la norma -o la ley- dice que debe ser-, por el solo hecho de que la norma lo diga… La predeterminación normativa supuestamente dotada de tal capacidad permitió a la tipología racional- normativa despreocuparse de todo dato o elemento situacional, concreto, histórico,

> singular y empírico en la realidad social, jurídica y política, precisamente en virtud de esa creencia en que la razón humana se basta a sí misma... (p. 60).

No obstante, la razón (y no el racionalismo que es su exceso) continúa invívita como instrumento del conocimiento humano. Lo que se derrumba es un criterio homogeneizante de la razón pura, en su apoteósica borrachera, que consagra sus devaneos a la categoría de totalidad, de procesos únicos, de aplicaciones tiránicas y dictatoriales de la estructura del derecho. En todo caso la totalidad como concepto regulador y enunciativo, reposa sobre una multiplicad de puntos de vista y de perspectivas que fluyen, se recrean y se vivencian a diario.

Como lo sostuvimos anteriormente, no se trata de quedarnos sin piso filosófico al evaporar el derecho, éste es necesario, pero también es menester plantear su reformulación: la justicia al servicio del hombre y no el hombre servil de la justicia. De esta manera este sutil cuestionamiento del derecho (o de la justicia como valor inquebrantable) conserva su importante protagonismo. De otro lado, al predicar la importancia de la sustitución de criterios totalistas por planteamientos plurales, no encarrilamos nuestro análisis para desembocar en irracionalismos. Se trata de utilizar las poderosas fuerzas de la razón en aras a la consecución de nuevos valores: de la Vida y no de la justicia asumida como ente metafísico y avasallador. Ahora

bien, es cierto que la Vida goza de contenido propio y sentido autónomo, sin embargo, como lo sostuviéramos en nuestro libro El Éxito y Tú (Lizárraga, 1993): "La Vida tiene valor en sí misma. Pero también no nos engañemos si afirmamos que el mayor o menor valor de la vida depende del uso que de ella hagamos… Porque la vida no es digna de ser vivida sino cuando la ennoblece un plausible ideal; el que no lo tiene es una fría bazofia humana, un bodrio andante, sin paradero ni destino" (p. 67).

Y en otro parágrafo adelante sentenciábamos: "…Cuando hemos concebido un ideal debemos vivir por él y hasta morir…" (p. 14). Ello implica que nuestra vida guarda inmanencia de valiosidad, sin embargo, su mismidad, su sentido de generosidad, de inegoísmo le captura y le proyecta a fines ultérrimos (la Vida) y metas que definen su yoidad en acción de alteridad, sin por ello hacer descender su naturaleza. Le abastece de ideales y de nortes: Ortega y Gasset (1964) lo corrobora: "Estamos orientados cuando no existe para nosotros la menor duda sobre dónde cae el Norte y dónde el Sur, metas últimas que sirven de ideales, puntos de mira para enderezar nuestra acción y movimientos" (p. 38). Y, por otra parte, completando la integridad de su pensamiento, sostenía, a la letra:

> Pero mirada la existencia desde fuera de sí misma, vemos que esas magníficas cosas son sólo pretextos que se crea la vitalidad para su propio uso, como el

> arquero que busca para su flecha su blanco. No son, pues, los valores trascendentales quienes dan sentido a la vida, sino, al revés, la admirable generosidad de ésta, que necesita entusiasmarse con algo ajeno a ella. (p. 69)

De modo que la generosidad del espíritu humano impone enderezar su conducta a la búsqueda de ideales. No se crea, además que éstos son el producto de la razón pura: ideas preconcebidas o *a priori* que el hombre extrae de su espíritu para reemplazar a la realidad y someterla a sus dictados tiránicos. Ese es el derecho de viejo cuño. El nuevo impone una lucha por los ideales de manera distinta, con una dinámica más humana, vital y menos hieratizada.

Sin embargo, la juventud que proclama estos paradigmas nuevos encontrará frecuente hostilidad de un medio caduco, conservador y bárbaro: "Es propio de la juventud plasmar los perfeccionamientos; es inherente a la vejez oponerse a toda innovación... En toda lucha por un ideal se tropieza con adversarios y se levantan enemigos; el hombre firme no los escucha ni se detiene a contarlos. Sigue su ruta, irreductible en su fe, imperturbable en su acción. Quien marcha hacia una luz, no puede ver lo que ocurre en la sombra" (Ingenieros, 1993, pp. 29 y 64).

Por ende, ésta es tarea-rol de la juventud, apogtema-guión de espíritus heroicos que esperan un hoy mejor, que no se reducen a frívolos escapismos para superar las inmensas cuestiones jurídicas. Es tarea de una juventud que comprenda que el viejo paradigma del derecho que apuntaba ciegamente a la justicia ha cambiado, que ha llegado su hora anonadante, su hora crepuscular. Necesitamos una juventud que comprenda que su misión está en proyectar nuevos destinos ahora y aquí a nuestro sistema jurídico, una juventud que se aparte de protervas espiritualidades menguadas, una juventud que prospere con la ilusión de una justicia al servicio de la Vida. Es tarea grande, pero también es grande la voluntad de élite que comparte una misma sensibilidad. Requerimos élite de gente nueva, de corazón indomable, de voluntad de acero, de conductas irreductibles, de personalidades señeras. La tarea no es mendigable a los viejos que no supieron cumplir el mandato de realizar justicia. Nuestro elán nos existe clavar los pies en la tierra y dirigir nuestra mirada a las más altas estrellas.

Y si encontramos hostilidad y desprecio de viejas berroqueñas jurídicas, de mentalidades adocenadas y cultivadas en el seno del viejo modelo... ¡no importa!, la batalla será más interesante por ser más ardua. La oportunidad de cambiar nuestros destinos está en las manos de nuestra generación. Los llamados a cumplir la encarnación de altos ideales, de materializar nuevos paradigmas corresponde a un nuevo espíritu

de esta generación. No seamos promociones de jóvenes sino generaciones: generación que crea, que genera, que proyecta, que cumple, que es activa y trabaja, que desdeña la oposición sorda y ciega de los seniles que no supieron transformar el caduco modelo. El mundo entero espera de nosotros, de la juventud, de su generación, de su élite, de su dinamismo, de su impronta, de su idea de obra, de su hálito y de su *sacro-oficio* (sacrificio).

Se nos acusará de ser falsos soñadores. Malgrado, nosotros somos los idealistas que constituimos los cimientos de una nueva sociedad yo no de ésta que se cae a pedazos; somos las estructuras de un nuevo edificio jurídico sustentado en el aire ennoblecido por claros ministerios, los que abanderamos la esperanza incumplida por generaciones pasadas, los que rescatamos el anhelo de un destino superior, recto y digno. Somos los que soñamos nuestro ideal y luchamos diariamente por esculpirlo en una momentaneización de la eternidad y una eternización de la momentaneidad unamunianas. Porque los ojos del mundo están sobre nosotros, y tenemos el inmenso desafío de oxigenar con vientos nuevos el sistema corroído actual: es el excelso deber que importa realizar ahora: en este lugar y en este tiempo.

Y ya cuando no seamos tan jóvenes, cuando nuestro idealismo haya pasado su prueba de fuego, ya cuando nuestros

hijos y los hijos de nuestros hijos pregunten: ¿Y qué sucedió con los valores, con el idealismo, con la justicia, con el nuevo paradigma del derecho, con la Vida? ¿Qué ocurrió- se nos inquirirá- con su voluntad de cambio, con su ansia de una nueva generación redentora de la promesa jurídica?... ¿Qué pasó- en ustedes y que el pasado milenario depositó en sus espíritus?...

Y ante tal pregunta (nos avisoramos en el tiempo ante tal situación) sólo cabrían dos respuestas: Una negativa y otra positiva. La negativa argumentaría múltiples esquicios que disfracen nuestra incapacidad para cumplir la demanda de la historia. La respuesta positiva dependerá, en cambio, de que cada uno de nosotros encarne en su espíritu esta nueva mística. De ahí que la finalidad teleológica de nuestras existencias no consista en acumular *tinterillescamente* propiedades y ganancias.[55] Si pensamos que el derecho es el canal para la obtención de comodidades materiales, estamos perdidos. El actual reto impone una búsqueda, no de riquezas, sino de justicia a través de la aplicación de un derecho embebido en los abrevaderos de la realidad, de la Vida y del hombre.

"*Littera enim occidit, spiritus autem vivificat*" (la letra mata, el espíritu vivifica). Así también podríamos decir lo mismo con relación a nuestra tarea: el viejo derecho mata; su nuevo paradigma vivifica.

---

55 Lizárraga (19993, pp. 151 y ss).

Y si cumplimos con fidelidad nuestro mandato esencial, entonces compareceremos para ser juzgados con imparciabilidad por las generaciones venideras, ante los tribunales de la historia. Y con orgullo propio de la dignidad y del rol transparentado (sin *vanitas* escarnecedoras, fruto de la estulticia), responderemos:

"De esta manera les legamos nuestro paradigma inspirado en la Vida. Recogimos uno consagrado a la razón pura. A ustedes les corresponde conservar este nuevo sistema ... superándolo". Entonces, el derecho no ejercerá más su indeclinable tiranía: será la Vida la que proponga la vigencia de los dictados y las exigencias de la razón. El derecho volverá a ser lo que debió ser: recobrará su significado extraviado, su direccionalidad perdida, su impronta traicionada. En ese momento, casi en un instante luminoso robado a los dioses, nuestra pupila cansina y misteriosa reposará a los pies de su ideal objetivado: el de la Vida!

Y en un arrobamiento de gozo, de eternización fugaz y de éxtasis mítico comprenderá que no en vano fue su sacrificio ("*per aspera ad astra*": por el sacrifico vamos hacia los astros), así como su dinámico idealismo y su fenoménica ejemplaridad. Su Vida, envuelta en simbólico misticismo, entrará en retrospectivo recuerdo y su memoria fidelísima evocará el camino desplegado... ¿El éxito?... ¡No será tal ¡... Gloria eterna y vivificante le asomará ¡... más allá de imperativos hipotéticos o categóricos, sirvió a la

Vida y no se sirvió de ella: augusto ministerio el de la "*gloria duci*": trabajar por la gloria y no por los provechos materiales.

La historia será la historia de la juventud, el cambio será fruto de las plasmaciones de los menesteres emanados de la realidad impregnada de Vida; la justicia será el mejor aliado del hombre y el derecho su fiel interpretador.

Insigne tarea la que tenemos por delante... O el egocidio, o la más auténtica vivificación del rol que nos toca cristalizar... Y ya ultimando estas líneas libres, me asiste la radical certidumbre de un tiempo nuevo, de una espiritualidad nueva, de una creación nueva, en fin: de nosotros!

Bibliografia

Arias, J. (1943). *Derecho de Familia.* Buenos Aires: Edit. Guillermo Kraft.

Arias Schreiber Pezet, M. (1988). *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984.* Lima: Edit. San Jerónimo.

Avendaño Valdés, J. (1985). *Derechos reales.* Lima: Edit. Pontificia Universidad Católica del Perú.

Basadre, J. (1958). La Promesa de la Vida Peruana y Otros Ensayo. Lima: Edit. Juan Mejía Baca.

Bidart Campos, G.

(1987). La *Obligaciones en el Derecho Constitucional.* Buenos Aires: Edit EDIAR.

(1993). *Tratado Elemental de Derecho -Constitucional de*

la Libertad. T. I. Buenos Aires: Edit. EDIAR.

(1995). El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa. Buenos Aires: EDIAR.

Cornejo Chávez, H. (1991). *Derecho Familiar Peruano. Sociedad Conyugal.* Lima: Edit. Studium.

Cuadros Villena, C. (1988). *Derechos Reales.* Lima: Edit. Latina.

Díaz Valdivia, H. (1993). *Derecho de Familia*. Arequipa: Edit. Edijsur.

Diez Picazo, L. y Gullón, A. (1983). *Sistema de Derecho Civil. Vol. VIII*. Madrid: Tecnos.

Fernández Sessarego, C. (1990). *Derecho de las personas*. Lima: Edit. Cuzco.

Fueyo Laneri, F. (1959). *Derecho Civil. Derecho Familiar. T. VI. Vol. III*. Santiago de Chile: Imp. Universo S.A.

García Márquez, G. (1989). *Cien Años de Soledad*. Barcelona: Argos Vergara.

Gómez Piedrahita, H. (1992). *Derecho de Familia*. Bogotá: Edit. Femis.

Guerra Távara, R. (1986). *Derecho de Familia. Proyectos y Comentarios*. Lima: Edit. Amaru Editores.

Ingenieros, J. (1993). *Las Fuerzas Morales*. Lima: Vlacabo.

Kant, E. (1902). *Critica a la Razón Pura*. New York: P.F. Collier & Son.

Kipp, T. y Wolff, M. (1979). *Tratado de Derecho Civil, Derecho Familiar, T. IV Vol. 2* Barcelona: Edit. Bosch.

Lehmann, H. (1993). *Tratado de Derecho Civil. Derecho de*

Familia. Vol. IV. Madrid: Edit. Revista de Derecho Privado.

León Barandiarán, J. (1992). *Tratado de derecho civil*. Lima: Edit. Walter Gutiérrez.

Lizárraga Ugarte, W. (1993). El Éxito y Tú. Arequipa: Edit. Publiunsa.

Luna, L. (1961). *Morgue*. Lima: Ediciones Raíz.

Montoya Manfredi, U. (1988). *Derecho comercial*. Lima: Edit. Cuzco.

Nicoli, F. (1965). La Crisis hoy Reflexiones sobre la condición del hombre contemporáneo. Lima: Edit. Continental.

Ortega y Gasset, J. (1964). El Tema de Nuestro Tiempo. Madrid: Edit España Calpe.

Ossorio, A. (1971). *El Alma de la Toga*. Lima: Edic. Praxis.

Osterling Parodi, F. (1992). *Las obligaciones*. Lima: Edit. Pontificia Universidad Católica del Perú.

Palacio Pimentel, G. (1987). *Manual de derecho civil*. Lima: Edit. Huallaga.

Rendón Vásquez, J. (1988). *Derecho del trabajo*: *Relaciones individuales de la actividad privada*. Lima: Edit. Trpuy.

Salvat, R. (1952). *Tratado de derecho civil argentino*. Buenos Aires: Edit. TEA.

Somarriva Undurraga, M. (1963). *Derecho de Familia*. Santiago de Chile: Edit. Nacimiento.

Vidal Ramírez, F. (1990). *El acto jurídico en el Código Civil Peruano*. Lima: Edit. Cuzco.

Este libro se terminó de imprimir en los talleres de
la Editorial Publiunsa, de la Universidad Nacional
de San Agustín de Arequipa Perú, Sta. Catalina 177,
Cercado, Arequipa, Perú, en marzo de 1996.